Série

Grandes Eventos do IDP

ORGANIZADORES

Gilmar Ferreira Mendes

Paulo Gustavo Gonet Branco

GRANDES EVENTOS DO IDP: DIREITO CONSTITUCIONAL

1ª Edição, 2017

CONFERENCISTAS

Bernardo Cabral

David Fleisher

Elival da Silva Ramos

Fernando Henrique Cardoso

Gesine Schwan

Ingo Wolfang Sarlet

Jorge Miranda

Katia Abreu

Lenio Streck

Martônio Mont'Alverne

Peter Eigen

Stéphane Monclaire

Organização

Gilmar Ferreira Mendes
Paulo Gustavo Gonet Branco

GRANDES EVENTOS DO IDP: DIREITO CONSTITUCIONAL

1ª edição

Conferencistas:

Bernardo Cabral
David Fleisher
Elival da Silva Ramos
Fernando Henrique Cardoso
Gesine Schwan
Ingo Wolfang Sarlet
Jorge Miranda
Katia Abreu
Lenio Streck
Martônio Mont'Alverne
Peter Eigen
Stéphane Monclaire

IDP
Brasília
2017

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

Mendes, Gilmar Ferreira (Org.).

Grandes Eventos do IDP: Direito Constitucional. / Organizadores Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. – Brasília: IDP, 2017.

116 p.

ISBN: 978-85-9534-013-8

1. Constituição, Brasil. 2. Poder Constituinte. 3. Aspectos Políticos, Brasil 4. Direitos Fundamentais. I. Título II. Paulo Gustavo Gonet Branco.

CDDir 341.2481

APRESENTAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes
Paulo Gustavo Gonet Branco

Nesta obra, o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP promove a mais alta discussão acerca do Poder Constituinte, do processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, dos direitos e garantias solidificados na Carta Magna e dos reflexos no sistema político brasileiro, com a reunião de textos apresentados nos eventos do IDP por grandes personalidades e renomados juristas nacionais e internacionais.

Em seu capítulo 1, o Senador Bernardo Cabral trata do processo de elaboração da Assembleia Nacional Constituinte e a quebra da ruptura política institucional. Faz um resumo histórico desde a independência do Brasil.

Em seguida, o professor David Fleischer aborda como o sistema político brasileiro foi alterado pela constituinte de 1988 como aspecto político da constituinte que visou esclarecer e delinear as normas e regras do sistema político brasileiro.

No capítulo 3, o professor Elival da Silva Ramos dialoga sobre o processo de formação da Constituinte de 1988 enquanto manifestação do poder constituinte originário e a opção pela Constituinte Congressual e suas consequências, especialmente no plano jurídico institucional. Ainda, trata da ausência de um projeto de constituição e suas consequências e como trazer o tema à atualidade na busca de refletir sobre o processo constituinte e atual crise política brasileira.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso dá seu depoimento sobre o que foi o momento constitucional brasileiro, fazendo uma análise da Constituição Federal vigente, retomando a tensão vivida na Constituinte.

No capítulo 5, o professor Gesine Schwan aborda aspectos que do ponto de vista brasileiro poderiam interessar se considerar a estabilidade da Constituição de 1988, começando pela definição conceitual e busca determinar critérios de um sistema político estável.

No próximo capítulo, o professor Ingo Wolfgang Sarlet trata dos direitos e garantias constitucionais abrangidos pela Constituinte em seus 25 anos, onde apresenta-se

um dos catálogos mais generosos de direitos e garantias fundamentais do direito constitucional contemporâneo.

Ainda, o professor Jorge Miranda discorre sobre o entrelaçamento entre a experiência constitucional brasileira e portuguesa, no modo como se formaram as duas atuais constituições; para isso apresenta algumas características gerais da Constituição Portuguesa e, particularmente alguns novos aspectos e influências que ela trouxe à Constituição Brasileira.

A Senadora Kátia Abreu aborda o direito de propriedade, em específico temas do aproveitamento produtivo da terra, do respeito ao meio ambiente, o respeito a questão social e a função da terra.

O professor Lenio Streck trata o valor da Constituição Federal no sentido que o Presidente da Constituinte, Ulisses Guimarães, a abordou; e, trata ainda, das correntes e da proteção da Constituição no que tange aos perigos exógenos e endógenos.

Logo após, o professor Martônio Mont'Alverne aborda a perspectiva histórica da Constituição com o fim de relatar qual a mudança que a sociedade política espera para os próximos 25 anos, em que a nossa Constituinte completará 50 anos.

O Dr. Peter Eigen fala sobre a contribuição que a sociedade civil realiza para uma condução melhor do governo global e relata a necessidade de uma nova fórmula de governança com uma sociedade civil organizada.

Por fim, o Dr. Stéphane Monclaire destaca aspectos políticos da assembleia constituinte.

O diálogo aqui apresentado demonstra a preocupação e interesse do IDP em promover o debate acadêmico por meio da pesquisa jurídica com temas de suma relevância para o direito contemporâneo e na solidificação do conhecimento.

Boa leitura!

SUMÁRIO

O processo de elaboração da Assembleia Nacional Constituinte: contexto histórico e político

Bernardo Cabral

Formou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas, com curso de especialização em processo civil pela Universidade Católica Portuguesa. Possui diversos trabalhos publicados na área. Foi fundador do extinto Movimento Democrático Brasileiro. Em 1987, após a sua eleição para deputado federal pelo PMDB, oriundo do MDB, foi eleito, em votação realizada na bancada do partido, para relator e continuou no cargo de deputado até o final dos trabalhos constituintes. Tornou-se, em março de 1990, Ministro da Justiça do governo de Fernando Collor de Mello, cargo que ocupou até outubro do mesmo ano. Em 1994 foi eleito senador pelo Amazonas.

RESUMO: O presente artigo traça o processo de elaboração da Assembleia Nacional Constituinte, mostrando assim seu contexto histórico e político. O autor inicia o texto mencionando o processo de elaboração da Assembleia Nacional Constituinte, seja no Império, na República ou no Estado Novo, sempre trabalhou com um esboço prévio, um material com o qual os constituintes usavam como base. Ademais, o texto mostra o quanto é importante sabermos a trajetória histórica e política da nossa Constituição, afinal, é a nossa história e a da transformação do Brasil em uma democracia.

O processo de elaboração da Assembleia Nacional Constituinte, seja no Império, na República ou no Estado Novo, sempre trabalhou com um esboço prévio, um material com o qual os constituintes usavam como base. Para isso acontecer, antes geralmente desenrolavam-se rupturas políticas institucionais no país. Assim foi no Império. Quando Dom Pedro I programou a Independência do Brasil, verificou-se a

quebra com as ordens políticas portuguesas daquele tempo: Manuelinas, Afonsinas, Filipinas, que comandavam o Brasil colônia. Com esta desagregação, o primeiro imperador do país convocou uma Assembleia Nacional Constituinte. No fim, ela teve que ser interrompida porque lhe tirava alguns poderes, mas, de qualquer maneira, foi a primeira e havia um bom esbouço com cinco pessoas altamente bem escolhidas.

Depois, passamos para a programação da República, quando Dom Pedro II foi para o exílio. Com isso, veio mais uma ruptura política institucional para o cenário brasileiro, ou seja, uma nova Assembleia Nacional Constituinte aconteceu. Assim foi também nos anos de 1930, período em que Getúlio Vargas deu o golpe. Em 1934, veio uma nova Constituição. Getúlio não convocou uma assembleia dessa natureza inicialmente, apesar de ter ocorrido um golpe de estado, isto é, outra ruptura. Contudo, pela via oblíqua, a Revolução Constitucionalista de 1932, em São Paulo, mesmo esmagada, forçou o Presidente a convocá-la. Em 1945, ele foi apeado do poder, outro fechamento de um ciclo político. Nesse caso, porém, não foi a figura do Vice-Presidente da República quem presidiu a Assembleia Nacional Constituinte, foi o Ministro José Linhares, Presidente do Supremo.

Como governo revolucionário, o golpe de 1964 não programou como deveria a feitura dos 20 anos decorridos. Quando Tancredo Neves se elegeu, comprometeu-se a convocar uma Assembleia Nacional Constituinte. Ele nomeou uma comissão de notáveis que se reunia no Itamaraty do Rio de Janeiro para preparar o *Thales Esboço,* seguindo o exemplo das Constituições anteriores. Coube à comissão presidida pelo Professor Afonso Arinos, mais tarde Senador Constituinte pelo Ministério das Relações Exteriores, o fim deste trabalho. O conjunto de parlamentares decidiu-se pelo sistema parlamentarista de governo. Acontece que Tancredo morreu, assumiu a presidência, então, o hoje Senador José Sarney. Ele é presidencialista, recebeu o trabalho da Assembleia Nacional Constituinte e logo mandou publicar no Diário do Congresso e nada mais. Depois de tantos acontecimentos, não havia absolutamente um esbouço preparado. Ulysses Guimarães, conterrâneo do Professor Silva Ramos, era um homem que tinha a visão de interpretar o que havia na assembleia, portanto, logo reuniu algumas lideranças.

Em 1967, eu era deputado federal eleito. Mário Covas liderava a oposição, enquanto eu era o primeiro vice-líder. Fazíamos discursos terríveis contra o governo revolucionário. O resultado disso foi que nós fomos cassados e tivemos os nossos direitos políticos suspensos por 10 anos. Interromperam a minha carreira de professor

universitário. A partir daí, houve uma diáspora muito grande, alguns foram para o exterior, mas ficamos no Brasil, o Mário, em São Paulo e eu, no Rio de Janeiro. Nessas condições, não existia a possibilidade de sair do lugar de onde o indivíduo tinha sido alcançado pelo Ato Instrucional número 5, não era possível fazer concurso, ter conta em bancos oficiais, não se podia fazer absolutamente nada que envolvesse carteira, identidade ou passaporte. Era a situação de um pária dentro do seu país.

Contudo, pude advogar. Fui, mais tarde, em 1981, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil. À medida que eu crescia na Ordem dos Advogados, brigava pela Assembleia Nacional Constituinte, como meus antecessores. Essa Assembleia Nacional Constituinte só aconteceu em 1987. Mas o processo de elaboração não poderia acontecer porque não havia nenhum esboço prévio.

Ulysses Guimarães reuniu, então, uma turma de advogados, engenheiros, enfim, pessoas que tinham curso superior. Para as lideranças ele dizia para construírem a base de tudo. Ele dizia querer fazer uma comissão de 80, a exemplo dos notáveis, aquela em que Afonso Arino foi presidente. Mal ele revelou essa vontade, houve protesto, pois éramos quinhentos e poucos constituintes, afinal isso segregaria todos em um grupo de primeira classe os demais seriam considerados de segunda classe. Portanto, isso não foi à diante.

Matematicamente, quem pegar o texto da Constituição atual vai ver que tem oito títulos, pois foram criadas oito comissões temáticas, cada uma subdividia em três subcomissões. No topo estava a chamada Comissão de Sistematização. Essa comissão é que, como diz o termo, sistematizaria os trabalhos oriundos das subcomissões e das comissões temáticas.

Nós que tínhamos sido cassados, com os direitos políticos suspensos, e outros que foram aposentados, perseguidos, presos, banidos nos reencontramos nessa Assembleia Constituinte. Mário Covas conseguiu, através do discurso, derrotar outro candidato e acabou líder. Nós, o atual PMDB, fundamos antigamente o MDB, a célula máster da democracia brasileira. Na época do Ato Institucional Número 2, deu-se fim a todos os partidos. Quando foi revogado, criou-se o Partido do Movimento (PM) Democrático Brasileiro, que era oposição.

Enquanto, sucessivamente, foram sendo criadas as comissões temáticas e as subcomissões, sem nenhuma discordância, chegou a comissão de sistematização e todos os lideres quiseram prestar uma homenagem ao Professor Arinos de Melo

Franco (PFL), que foi entregue à presidência justamente dessa comissão. A figura do relator o Mário não pôde escolhê-la, porque a grita era enorme.

Tancredo Neves, que era de Minas Gerais, tinha um compromisso com Pimenta da Veiga, mais tarde Ministro das Comunicações, ele era mineiro, mas líder do PMBD na Câmara. Só que o Ulysses, detentor da presidência da assembleia também por eleição, tinha um compromisso com Fernando Henrique Cardoso, Senador, mais tarde Presidente da República, porém líder do partido no Senado Federal. O descontentamento começou a partir, inclusive, de mim, advogado amazonense, Bernardo Cabral, que disse a Ulysses que não podia concordar com aquilo. Fernando Henrique era um homem de talento, mas sociólogo, ele não tem nenhum trânsito, a não ser através de uma assessoria. Pimenta da Veiga também era um bom nome, mas não se encaixava.

Ulysses Guimarães era um homem terrivelmente inteligente e, de imediato, disse que escolheria um relator e dois correlatores. A questão não era escolher quem tem mais prestígio, a bancada que deveria tomar parte na decisão. Quando reunida, com trezentos e poucos deputados do PMDB, dentre eles estava Fernando Henrique Cardoso e também o Pimenta, concordaram. Um trazia trinta constituintes de São Paulo, que era uma bancada, e de Minas Gerais também 30. Eu era Deputado Federal pelo Amazonas.

Três candidatos foram sorteados, Fernando Henrique, Pimenta da Veiga e eu. Fernando Henrique foi o que começou a falar, eu em segundo e o que restou foi por último. Depois que o primeiro discursou, eu procurei destruir o comunicado dele. Eu era o único cassado, eu tinha sido suspenso, todos os dias a Polícia Federal estava à espreita. Obrigados a ir sete horas da manhã às sete horas da noite, nós não tínhamos feito depoimento. O resultado da primeira votação foi que Fernando Henrique teve 80 votos, Pimenta da Veiga e eu 84. No segundo turno, fui eleito Senador por causa de vinte votos acima do candidato remanescente.

O que quero lhes dizer com isso é que, a medida que os trabalhos foram saindo das subcomissões para a comissão temática, estas encaminhavam-se para a comissão de sistematização, em que o Presidente era o Professor Afonso Arinos e eu o relator, ambos parlamentaristas. Existiam mais dois relatores adjuntos, Zé Fogaça e Conde Reis, de Santa Catarina, esse último tinha sido relator da Constituição de 1967. Todos os parlamentaristas, ao cabo e ao fim dos trabalhos da comissão de sistematização, concluíram pela aprovação deste sistema de governo. Quando foi

para o Plenário, contudo, a proposta foi derrubada e sistema presidencialista ficou no lugar do sugerido.

Umberto Lucena era o presidente do Senado e o líder da turma dos presidencialistas. No sistema parlamentarista, o primeiro-ministro, quando ele é eleito, pega o seu trabalho de governo e apresenta à assembleia. Porém, no presidencialismo, o presidente faz o que quer e só manda depois. Deixar nas mãos do presidente da República um instituto tão forte faria dele o maior ditador de todos os tempos no nosso país, mais do que qualquer ditador militar. Sem dúvida nenhuma, o chefe de Estado exerceria o papel de usurpador do Congresso Nacional. A profecia está viva, porque todos os presidentes que substituíram uns aos outros, a partir da Constituição de 1988, exercitaram o poder de produzir medidas provisórias. Algumas foram boas, mas outras, na segunda edição, se embutiam de matéria que não constava na primeira fase, de modo que não contribuía em nada para o país ir para frente.

Quando se fala que essa Constituição é longa, até porque ela tem coisas que deveriam estar fora porque são infraconstitucionais, a explicação está na lembrança de que, quando os trabalhos da comissão temática foram para a comissão de sistematização, o que havia dos anteprojetos eram mais de 2.500 artigos. Para reduzi-la a 245, o relator até hoje conta com algumas inimizades, com muitas incompreensões. Por exemplo, uma emenda que chegou às mãos do relator: todos os carros oficiais serão pintados de uma só cor, parágrafo único, ao ministério competente escolherá a cor. Não é um quadro fácil dizer a um constituinte que essa emenda levaria ao ridículo, que o parecer teria que ser contrário e a emenda retirada.

Outro exemplo relaciona-se talvez a algo que as mulheres talvez nem se deem conta hoje e que foi colocado pelos constituintes desse momento. O código civil brasileiro de 1916 dizia que o marido era o chefe da sociedade conjugal, ele quem estipulava o domicílio, se tivesse da mulher alguma ação de alimentos o foro era do marido. A Constituição Cidadã abre-se para um fio condutor filosófico, que é humano, isso é visível no art. 5°, inciso I, que coloca a igualdade de direitos entre mulheres e homens na forma da lei. Mas havia um senador que chegou a manifestar apresso por uma exceção que se relacionava à época da menstruação. Esse fez muitos inimigos até hoje.

Foram dezenove meses de trabalho, quatro horas de sono, os constituintes saíram muitas vezes direto para o Prodasen. Existia o processo de cruzamento das

emendas, algumas superposições para expungir. Nesta altura, nós copiamos a Constituição portuguesa cujo relator foi o Professor Jorge Miranda. A Constituição Portuguesa permite mais, pois foi mais sábia e teve mais de uma revisão. Aos poucos ela melhorou, a brasileira previu uma só inspeção. Não foi fácil, a emenda de um Deputado chamado Joaquim Bevilacqua, descendente de Clóvis Bevilacqua, civilista, dizia que imitamos a Constituição portuguesa, que seria bom colocar uma vistoria para retirar aqueles excessos que estavam embutidos no texto constitucional para que a Constituição Brasileira não fosse promulgada como foi em 1998.

Dois anos depois haveria eleição de um presidente da República. Três anos depois dessa eleição, portanto cinco anos decorridos da promulgação, existiria a oportunidade de, enfim, ceifar tudo aquilo que estava em excesso. Como houve em 1993, momento em que foi relator o Ministro Nelson Jobim que não pôde levar a cabo a sua chance. Mesmo assim, foi um grande constituinte.

Algumas circunstâncias seriam tratadas nessa revisão. Por exemplo, a rediscussão do sistema parlamentarista ou do sistema monárquico. Havia quem se interessasse pela monarquia. Foi consolidado o sistema presidencialista, *Roma locuta, causa finita.* Todavia, há pouco tempo se falou numa constituinte exclusiva, que recebeu do Ministro Gilmar, de mim e de outros uma reprovação imediata. O que se falava lá atrás, no Império, na República, em todos esses casos, é que houve uma quebra do sistema político nacional, só que o sistema político nacional não está quebrado. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário estão funcionando, nós não temos como fazer uma nova constituinte, pois o poder de uma Assembleia Nacional Constituinte é do povo, é ele quem elege o constituinte. Chamam-se dois tipos de poderes, o originário e o derivado, o primeiro é este que saiu do poder constituinte na hora que se escreve uma nova Constituição. Nesse instante, acontece a saída da excepcionalidade institucional para um reordenamento constitucional com novo texto. Entra nessa fase o segundo, que vem de uma emenda constitucional. Através da emenda você pode, já que não foi possível a revisão constitucional, falar numa convocação de uma Assembleia Constituinte.

Contudo, exclusivo realmente foi o chamado “estupro constitucional”. Por volta de seis meses antes de terminarmos os trabalhos, na primeira quinzena de julho, correu o boato terrível de que a Assembleia Nacional Constituinte ia ser fechada e alguns líderes iriam sofrer outras punições. Quando Ulisses Guimarães soube disso, chamou a mim, ao Paulo Afonso, que era o secretário-geral, e depois foi ao ministro

do Tribunal de Contas da União, na casa dele. Todo discurso de Ulisses foi feito por ele mesmo. Ele disse que, neste dia vinte e sete de julho, portanto, dois ou três meses antes da promulgação, faria um discurso. Ele foi, então, para a tribuna e fez o mais belo enunciado sobre os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, em que afirmou que o objetivo era escrever uma Constituição e não ter medo. Disse ainda que aqueles que dizem que esta Constituição não duraria seis meses enganavam-se. No fim, produziu uma frase: “esta Constituição terá cheiro de amanhã e não cheiro de mofo”. O consultor-geral da República, que o Sarney ouvia, repetia essas tolices sobre a efemeridade constitucional. Outro que dizia que o país era ingovernável era um ministro da fazenda, cujo lema era feijão com arroz, e deu quase mil por cento ao final, ao cabo do governo Sarney, uma inflação galopante.

Pois bem, eles eram catastrofistas. Um exemplo típico de como isso cai por terra: lá atrás, quando o Presidente Costa e Silva, penúltimo dos militares a exercer a presidência da República, foi acometido de um Acidente Vascular Cerebral (AVC), foi impedido de continuar exercendo o cargo de presidência da República. O vice-presidente da República era um jurista da melhor categoria, um professor notável, tinha sido presidente da Câmara dos Deputados em 1937, época em que Getúlio a fechou. Chamado Pedro Aleixo, ele é impedido de assumir a presidência da república sendo o vice. Quem assumiu foi uma junta militar composta pelo ministro do Exército, ministro da Marinha e ministro da Aeronáutica, isso em 1969. Portanto, há mais de quarenta anos, se essa nossa Constituição transformasse o país em governável, não teria sido assim. Fernando Collor, por exemplo, saiu da presidência da República através de um *impeachment*. No caso, quem assumiu o lugar dele não foi uma junta militar, foi seu Vice-Presidente, Itamar Franco. Isso aconteceu porque a Constituição de 1988 garantiu a sua posse. Se fosse ingovernável, depois do Itamar, o Presidente Fernando Henrique não se elegeria nem se reelegeria oito anos. Depois, Lula se elegeu por mais oito anos. A Presidente está aí por mais dois. Somente esse quadro é fundamental para dizer que não tivemos nenhuma crise política desde que a Constituição de 1988 tem garantido a normalidade democrática, apontando caminhos e indicando soluções.

Vez por outra, encontra-se alguém tentando criar uma emenda que não é uma emenda que possa dar vida ao texto constitucional, muitas delas subordinadas a interesses meramente circunstanciais. Elas apresentam uma finalidade que não é a melhor. Quem sabe um pouco do poder do Ministério Público entende que com esta

Constituição existiu um combate sem tréguas ao que se faz aí de desonestidade. Ao lembrar o voto do Ministro Gilmar Mendes, no último episódio dos “mensaleiros”, é a Constituição quem garante que se tome parte na normalidade constitucional. Este dissabor e esta dissolução caíram por terra, essa história de ruptura político-constitucional.

Mudanças no sistema eleitoral: reforma política e polêmicas teóricas

David Fleisher

Possui graduação em Ciência Política no Antioch College, mestrado em Latin American Studies e doutorado em Ciência Política na University of Florida, além disso, especialização em Técnias de Pesauisa na University of Micigan (1968) e pós-doutorado na State University of New York. Atualmente é professor emérito da Universidade de Brasília onde ingresso como docente em 1972. Tem experiência na área de Ciência Política, com ênfase em Estado e Governo, atuando principalmente nos seguintes temas: Brasil, sistemas eleitorais, partidos politicos, legislativo e transparência.

RESUMO: O presente texto tem como objetivo mostrar a trajetória dos 25 anos da Constituição, como também, as mudanças no sistema eleitoral, evidenciando como a reforma política foi instalando-se e as polêmicas teóricas envolvidas. Além disso, acentua o que a Constituinte preferiu não colocar na Constituição e, refletir o porquê que algumas propostas recusadas pela Constituinte foram mais tarde incluídas por Emendas Constitucionais pelo Congresso Nacional.

A convocação da Assembleia Constituinte começou em 1985, com a votação de uma resolução na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. O relator era um deputado de São Paulo, do PMDB, e ele insistia em seu parecer numa Assembleia Nacional Constituinte exclusiva, não congressual. Ele seria eleito em 1985 e trabalharia durante o ano de 1986, produziria a nova Constituição e a entregaria para o Congresso eleito, tomando posse em 1987. Ulisses Guimarães, Presidente da Câmara dos Deputados, levou a Câmara a aprovar uma resolução que dizia que a Constituinte seria ao menos relativamente exclusiva. Não haveria o funcionamento da Câmara e do Senado, nem teria presidente ou mesa diretora, somente a Constituinte seguiria atuando. Porém, essa proposta foi derrotada no Senado.

Uma dos primeiros aspectos que a constituinte decidiu, no início de 1987, foi pela inclusão de 23 ou 24 senadores eleitos, em 1982, como constituintes. Isso foi decisão da própria Assembleia durante a elaboração do Regimento Interno, em que o Senador Fernando Henrique Cardoso foi o relator de um grupo de constituintes mais radicais, cujo objetivo era anular ou revogar todo intuito autoritário antes de começar a deliberar a constituinte. A razão de tudo isso estava no constrangimento que esse autoritarismo causaria no trabalho de elaborar a nova Constituição.

Como Presidente da Câmara dos Deputados e da Assembleia Constituinte, Ulisses Guimarães conseguiu acalmar um pouco esses radicais para não insistir na remoção do intuito autoritário. Porém, depois que a nova Constituição foi promulgada, o desfecho dela se revelou de forma tal que antes ter insistido mais em remover esse intuito autoritário. Foi mencionado que Mário Covas foi eleito, na Constituinte, líder do PMDB, esse partido tinha maioria absoluta, pelo menos 54% dos atuantes na assembleia. Uma situação igual aconteceu com o PSD em 1946. Em um trabalho acadêmico, mostrei o perfil dessa Constituinte em que o maior partido não era PMDB, na verdade era o da Arena (o PDS é seu sucessor), porque tinha muita gente que vinha dele. Apesar de o Presidente Ulisses Guimarães indicar o Deputado Luiz Henrique, de Santa Catarina, para ser o líder, Mário Covas chegou à reunião da bancada do PMDB com um discurso muito belo, muito bem elaborado e motivacional, o que o levou ser a eleito.

O sistema político brasileiro foi alterado pela Constituinte dos anos de 1987-1988, afinal um dos trabalhos dessa Assembleia foi esclarecer e delinear bem as normas e regras dentro desse contexto. A ANC (Assembleia Nacional Constituinte) foi um fenômeno muito inusitado aqui em Brasília naquela época. Tanto em termos de grupos nacionais como internacionais, a cidade ficou cheia de lobistas. Jornalistas, também de toda parte (inclusive de outros cantos do planeta) e muitos acadêmicos, da Universidade de Brasília e de várias outras universidades, estavam pesquisando e acompanhando a Constituinte. Na Universidade de Brasília, criamos o CEAC, Centro de Estudos e Acompanhamento da Constituinte, que envolveu docentes universitários, alunos, outros tipos de funcionários e até grupos e pessoas externas à universidade. O reitor na época, o Professor Cristovam Borges, escolheu o ex-Deputado do Rio Grande do Sul, Jorge Berto Lucas Coelho, para ser nosso dirigente, o presidente dessa CEAC. Os notáveis da Comissão Afonso Arinos se reuniram em 1985 e no início de 1986 e produziram o anteprojeto da nova Constituição, só que

esse anteprojeto não era muito de acordo com que o governo Sarney queria. Então, não foi publicado e nem divulgado esse relatório do Afonso Arinos. Restou à editora da UnB pegar esse relatório e publicar na forma de um pequeno livro, que foi distribuído para todos os constituintes e todo mundo que estava em Brasília trabalhando em cima da nova Constituição.

A ANC alterou e incorporou várias mudanças no sistema político (aprovadas logo no início de 1985), manteve-se a República presidencialista com a organização dividida em três Poderes, todos com os mesmos pesos e contrapesos de equilíbrio. Manteve-se o formato bicameral no Congresso Nacional, apesar de muita gente perceber que havia certa ameaça nessa aprovação e também na tentativa de implementação do parlamentarismo, que entrou na primeira versão da Comissão de Sistematização. Mas, no fim, o "centrão" tratou de revigorar o presidencialismo. A estrutura do Poder Judiciário foi alterada, o antigo Tribunal Federal de Recursos virou STJ. A constituinte ainda criou cinco novos Tribunais Regionais Federais, que estariam num nível intermediário entre a primeira instância da Justiça Federal e do STJ.

O Congresso aprovou a criação de novos Tribunais Regionais para serem instalados em termos de representação política. O que a Assembleia Constituinte fez em primeiro lugar, alterou o que chamamos de desigualdade regional?

A Câmara dos Deputados representa a nação, portanto o número de deputados por cada estado deveria ser proporcional à sua população, por isso que os estados menores – por exemplo, Amapá, Roraima, Acre – deveriam ter um deputado, enquanto o Estado de São Paulo deveria ter em torno de 120. Isso acontecia desde os anos de 1930, foi mantido na Constituição de 1946 e também na de 1988. A Constituinte criou o novo Estado de Amapá e também de Roraima (eram territórios, depois que foram promovidos a estados). O modelo de fome mantido pelo Deputado Siqueira Campos acabou favorecendo a criação do Estado de Tocantins, ele foi praticamente o pai da criação desse novo estado, mas a bancada do Estado de Goiás não se reduziu, continuou com seus 17 deputados. A lógica era que a população do Estado de Goiás, ao ser reduzida, deveria ter sua bancada também reduzida, mas não foi o que aconteceu. Criou-se, então, espaço para mais nove senadores que representavam esses três novos estados na região Norte, que, aliás, ganhou mais dezesseis deputados.

Bem no início de 1989, o então Deputado Nelson Jobim, que tinha assumido a presidência do CCJ na Câmara, participou de uma atividade na UnB. Numa mesa ele me jogou um maço de papéis impresso em impressora matricial, que não possuía tinta a *laser* ainda, e disse que o que estava ali tinha que ser feito. Eu repliquei dizendo que o CCJ tinha sido dividido em oito subcomissões, e que tudo que ainda não tinha sido regulamentado na nova Constituição finalmente o seria. Eram mais de 300 artigos, incisos e outros elementos que precisavam ser regulamentados. O Presidente do Senado, Renan Calheiros, explicou que, em 2013 e 2014, vão tentar regular tudo que está faltando.

A Constituinte decidiu aumentar a bancada de São Paulo gentilmente de 60 deputados para 70, porém este aumento só veio a ser efetivado nas eleições de 1994. A ANC recusou a criação de outros novos estados, havia várias propostas de novos estados, talvez sete ou oito, mas só criou aqueles três. A idade eleitoral caiu de 18 para 16 anos (a redução de 21 para 18 anos aconteceu na Constituinte de 1924). Foi muito interessante o discurso inflamado do Senador Afonso Arinos explicando porque ele foi a favor de reduzir a idade eleitoral, ele disse que os jovens com 16 anos hoje (isso em 1988) são muito mais maduros do que os jovens com 18 dos anos de 1930.

A Constituinte manteve o voto obrigatório, apesar de ter tido uma proposta interessante por parte do PT de manter o alistamento eleitoral obrigatório só que o voto facultativo, mas não vingou. Também a Constituinte introduziu o segundo turno em eleições para presidente, governador e prefeito, porém esse segundo turno não valeu para as eleições municipais de 1988, apenas a partir das eleições municipais de 1992. Esse novo quadro já se aplicou também às eleições para governador em 1990 e às eleições presidenciais de 1989.

Um novo conceito de anualidade surgiu, não era mais possível alterar as regras eleitorais um ano antes da próxima eleição. Esse prazo para as eleições em 2014 venceu no dia 5 de outubro, ano coincidente com o vigésimo quinto aniversário da Constituição. Essa regra de anualidade foi extremamente importante, porque nas eleições anteriores as regras mudavam um mês, dois meses antes da eleição, tudo era muito incerto e inquietante para os partidos e candidatos. A ANC manteve os mandatos de deputados por quatro anos e de senadores oito anos. A Comissão também decidiu não limitar o número de mandatos consecutivos que cada deputado ou senador poderia acumular. O Deputado Paes Landim tem já, por exemplo, sete mandatos acumulados.

O PT propôs o que no inglês é chamado *Recall*, quer dizer voto destituinte. Os eleitores poderiam, se demonstrassem descontentamento com o desempenho de alguns políticos, através do abaixo-assinado, chamar um voto destituinte. Mas isso não foi aproveitado, porque não foi considerado compatível com a representação proporcional para deputado e nem com a eleição distrital. Todos já ouviram falar no Deputado Schwarzenegger, que virou Governador através de uma eleição realizada no Estado da Califórnia porque o anterior, democrata, sofreu um *Recall* e foi destituído. Esse é um exemplo de como o *Recall* funciona nos Estados Unidos.

A ANC manteve um sistema que é proporcional para eleger deputados e vereadores com a lista aberta, a pior versão de representação proporcional que tem no mundo. O Brasil faz parte de um grupo de três ou quatro países que usam lista aberta, todos os outros países que usam representação proporcional, inclusive os vizinhos Argentina e Uruguai, usam a lista fechada, em que cada partido elabora a lista preordenada dos candidatos e o eleitor somente pode votar no partido não em nomes. Isso para eleição de deputados e vereadores. Cotas não foram colocadas para mulheres na eleição proporcional, isso só veio mais tarde, a partir de 1995, com um projeto de lei apresentado pela Deputada Marta Suplicy. Também a Constituinte recusou outras mudanças no sistema eleitoral, reeleição para cargos executivos, presidente, governador e prefeito, tudo isso incluso numa PEC, numa emenda constitucional a partir de 1997.

O sistema distrital, o sistema misto de eleição de deputados, também foi recusado. Também foram proibidas coligações em eleições proporcionais. A cláusula da barreira que foi proposta também não foi incluída, ela passou a valer nas eleições que ocorreram mais tarde, mas tinha sido adiada em cada eleição. Sua retomada em 2006 só aconteceu porque o Congresso ficou tão preocupado com o Mensalão que se esqueceu de adiar para 2010. Então, essa cláusula de barreira, que foi declarada inconstitucional pelo supremo, porque ela, que foi colocada em 5% dos votos válidos, diz que, sem alcance da porcentagem, o partido teria seus deputados tomando posse realmente, mas não poderiam ter liderança e nem participar de comissões técnicas permanentes. Criou-se o deputado de 1ª classe e 2ª classe, e com razão o supremo declarou isso inconstitucional. Essa cláusula já voltou a ser proposta várias vezes, depois também não aceitou normas para fidelidade partidária, essas normas de fidelidade partidária só vieram em março de 2007 via judicialização, decisão do Tribunal Eleitoral de que o mandato pertence ao partido.

Constituição de 1988: avanços, dilemas e a atual conjutura

Elival da Silva Ramos

Possui os títulos de bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (1977), mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (1985), doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (1991) e livre-docente em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (2001). Atualmente exerce o cargo efetivo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado (área de Direito Constitucional) da Faculdade de Direito da USP, atuando nos cursos de graduação e pós-graduação, além de ministrar aulas nos cursos de especialização (pós-graduação *lato sensu*) da Escola Superior do Ministério Público/SP, da Escola Paulista da Magistratura, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e da Escola Superior de Direito Constitucional. É, também, cumulativamente, Procurador do Estado (SP) de carreira, ocupando o cargo em comissão de Procurador Geral do Estado de São Paulo, pela segunda vez, desde janeiro de 2011.

RESUMO: O presente trabalho traça a trajetória da Constituição de 1988, evidenciando seus avanços, dilemas e a atual conjutura. O texto é divido em quatro tópicos. O primeiro abordará a Constituição Federal de 1988 enquanto manifestação do poder constituinte originário. Em segundo lugar, será abordada a questão da opção pela constituinte congressual e suas consequências, especialmente no plano jurídico institucional. Em terceiro lugar, é observado a ausência de um projeto na Constituição. Por fim, em quarto lugar, pretende-se trazer esse tema para a atualidade, tentando refletir sobre o processo constituinte e a atual crise política brasileira.

Este tema será desenvolvido em quatro tópicos. O primeiro abordará a Constituição Federal de 1988 enquanto manifestação do poder constituinte originário. Em segundo lugar, será abordada a questão da opção pela constituinte congressual e suas consequências, especialmente no plano jurídico institucional. Em terceiro lugar, ater-nos-emos na ausência de um projeto na Constituição. Por fim, em quarto lugar, pretendemos trazer esse tema para a atualidade, tentando refletir sobre o processo constituinte e a atual crise política brasileira.

A Constituição, em seu 25º aniversário, está sendo homenageada no mundo todo. Em palestra em Lisboa, Portugal, houve sessão em homenagem à Constituição brasileira, porque se trata de uma Constituição que já transitou em julgado. Ou seja, todos reconhecem o seu valor no sentido de redemocratizar o país, criar o primeiro período na história do Brasil de uma continuidade democrática, estabilidade democrática. Se houve democracia no Brasil antes de 1988, isso ocorreu somente no interregno de 1946 a 1964, um período de muita instabilidade política, quando um presidente da república se suicidou, outro foi ameaçado de deposição antes de tomar posse, outro renunciou. Enfim, havia crise institucional a todo momento. Então, o primeiro período de estabilidade democrática no país é este que vivenciamos hoje e é fruto, sem dúvida, em boa parte, da Constituição de 1988.

Retomando, como a Constituição já transitou em julgado, temos um poder de crítica um pouco mais livre. Percebe-se que não se trata aqui de desconstruir ou deslegitimar a Constituição, mas de refletir sobre alguns problemas que existem, exatamente no sentido de aperfeiçoar o trabalho, porque, afinal, a Constituição, como toda lei, é obra do seu tempo e a sociedade muda rapidamente. Dessa maneira, a própria Constituição precisa viver um processo permanente de atualização a respeito do qual se deve refletir. A proposta deste trabalho é refletir sobre isso partindo da sua formação.

A Constituição de 1988, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não foi obra do poder constituinte originário, porque resultou de uma emenda à Constituição anterior, de 1967/1969. Por esse fator, ela não seria soberana, segundo o autor. Seria possível divergir de Ferreira Filho por várias razões. Em primeiro lugar, um processo político prévio mostrava tratar-se de uma ruptura e não de uma continuidade. O processo político, como já se sabe, é a ruptura com o sistema autoritário de 1964 a 1985. A intenção de quem estava no comando do país à época, o então presidente José Sarney, era romper com aquele modelo. Toda a eleição de Tancredo e Sarney

era uma coalizão no sentido de romper com o sistema anterior. Então, há um processo político prévio desmentindo a pretensão de que não se tratava de poder constituinte originário.

Em segundo lugar, a emenda 26, se realmente se trata de uma emenda a uma Constituição, convocou uma Assembleia Constituinte soberana, portanto, de maneira formal, ainda que por um meio um pouco raro no direito comparado. Esse processo não é exclusividade do Brasil, pois já aconteceu outras vezes. É uma emenda a uma Constituição para romper com ela. Enfim, houve o rompimento, por tratar-se de uma Constituinte soberana, mas, mais importante do que isso, estávamos diante, na verdade, de uma transição negociada. A forma da emenda foi uma revolução no sentido jurídico da palavra, uma ruptura, mas não uma ruptura como foi, por exemplo, a revolução francesa ou a soviética. Foi uma transição negociada, talvez semelhante ao modo espanhol. Porém, o mais importante não foi a forma da emenda ou a declaração de que era uma Constituinte soberana, e sim o processo político da própria Constituinte. Se seu comportamento se assemelhasse ao poder constituinte derivado, as consequências seriam outras e a análise seria outra.

Há a refutação de que ela teria um regimento interno qualquer, feita por Ferreira Filho, entre outros teóricos. Porém, qualquer instituição humana deve ter norma e a Constituinte não podia ser diferente. Elaborou-se o seu regimento, mas o fato de eventualmente descumprirem-no não tem nenhum efeito jurídico. Não faz muito tempo, o Ministro Jobim disse, em tom de brincadeira, que o Artigo 2º da Constituição, que trata da separação dos poderes, não estava na comissão final de sistematização. Haveria sido incluído pela comissão na redação, não tendo sido votado em plenário. Elaboram-se, assim, certas considerações contraditórias, como a de ser certo dispositivo inconstitucional, porém, não faria sentido entrar com uma ação direta de inconstitucionalidade e afastar a separação de poderes. Ou seja, neste caso, mesmo havendo o descumprimento da regra regimental, isso não tem significado algum, pois o que importa é o resultado final.

Se o resultado final for a Constituição Brasileira ser lei máxima do país, aplicada pelas instituições que ela própria cria, então está resolvido o problema. Afinal, a Constituição originária é obra, sobretudo, de um poder. O direito haver nascido de um poder, e não o contrário, é um fato político, como mostra Norberto Bobbio nos vários trabalhos em que discute a relação entre o poder e a política.

Colocou-se então a previsão de um plebiscito para que o eleitorado pudesse optar entre algumas formas institucionais. Dentre elas, uma possível restauração da monarquia no país. Ora, como isso seria possível se se tratava de uma cláusula pétrea na Constituição de 67 o princípio republicano? Essa cláusula existia desde nossa primeira carta republicana. Dessa maneira, seria algo contraditório e só entrou em pauta, não havendo contestação nenhuma, porque de fato havia uma Assembleia Constituinte soberana, obra do poder constituinte originário.

Em segundo lugar, a opção pela Constituinte congressual e suas consequências ocorreram exatamente nesse clima de transição negociada. Dessa maneira, houve um temor muito grande em relação ao grupo militar anteriormente no poder. Houve a proposta, pelo então deputado de São Paulo Flávio Bierrenbach, antes ministro do Supremo Tribunal Militar, de que a Constituinte fosse exclusiva. Essa proposta foi rechaçada, mas sempre houve os mais cautelosos. À época, ainda se tinha muito medo de ser feliz, para usar uma expressão corrente, logo, o temor era generalizado. Isso fez com que se adotasse essa fórmula, o que provocou consequências, independentemente de qualquer juízo de valor.

A primeira consequência foram as distorções do sistema representativo que a Constituição anterior contemplava. Contaminou-se a Assembleia Constituinte, porque nós tivemos o princípio da representação, já que é tão importante na democracia que haja a cada homem um voto, *every man a vote*, conforme a máxima inglesa. Esse princípio da base da democracia já não tinha seu cumprimento mais rigoroso no Brasil, porque havia limites para os Estados, máximos e mínimos, na Câmara dos Deputados. Sempre houve isso, ou ao menos o houve nas Constituições de 1946 e de 1967.

Contudo, o regime militar havia agravado essa distorção, porque, em 1977, fechou o Congresso Nacional e decretou o seu recesso com base no Ato Institucional número 5. Era um ato tão autoritário que somente um de seus dispositivos já se bastava, dizendo que tudo que fosse feito naquele Ato Institucional não comportaria apreciação judiciária. Basta dizer isso e se pode fazer tudo, revogam-se as posições em contrário. Assim, além do congresso em recesso, fez-se uma reforma política, já que o governo já tinha o mapa eleitoral e havia sido derrotado fragorosamente na eleição para o Senado, em 1974. Via, assim, sua derrota eminente e a perda do controle do parlamento. Estabeleceu, então, que nos Estados onde ganharam teriam mais deputados. Essa distorção veio para dentro da Constituinte congressual e houve

várias consequências, como um menor ímpeto reformista, porque as bancadas mais reformistas eram as dos estados sub-representados, e há ainda o fato de não haver nenhum juiz de valor. Fato de todos conhecido, já que, para se eleger deputado, em muitos dos estados com densidade demográfica menor, há necessidade de muito menos votos. Com isso, elegem-se deputados com menor representatividade, menor expressão. Este era um fato conhecido e apareceu também relacionado ao menor ímpeto reformista.

Houve, em 1934, uma proposta interessante em relação ao parlamento. Foi aquela a Constituição que inaugurou o estado democrático social no Brasil e previu um parlamento, embora bicameral, com um Senado praticamente como uma instância de coordenação federativa, o seu papel mais autêntico. Então, o Senado, na Constituição de 1934, não se manifestava em toda e qualquer matéria, não era uma instância revisora. Tinha competência legislativa, examinava as propostas aprovadas na Câmara, quando havia alguma questão federativa em jogo.

É algo que podia ser perfeitamente recuperado, uma vez que, se queremos democracia social, temos que ter instituições compatíveis, instituições que deem celeridade e eficiência ao processo legislativo. O fato do Projeto do atual Código Civil ter sido aprovado somente em 2002, após uma longa tramitação, iniciada em 1975, na Câmara dos Deputados, comprova a atual carência em matéria de eficiência. Esta era uma questão importante que foi simplesmente ignorada pela Constituinte, porque nela os senadores fizeram toda espécie de pressão.

Dessa maneira, houve uma despreocupação total com as condições institucionais de elaboração da própria Constituição, tendo em vista que a Constituinte foi congressual. Se nós tivéssemos tido uma Constituinte exclusiva, aconteceria o mesmo que aconteceu em Portugal e em outros países. Havia a necessidade de discutir previamente as condições de convocação dessa Constituinte. Nada foi discutido, simplesmente a Constituinte era o Congresso – ademais, esse mesmo Congresso foi mantido em funcionamento paralelo com a Constituinte, o que provocou uma confusão de papeis.

Todos reconhecemos que a Constituição de 1988 é uma constituição analítica. Há mais de 70 incisos, que se desdobram em várias normas. Nós temos talvez quinhentas, seiscentas normas na Constituição de 1988. Logo, é uma constituição extremamente detalhista. A consequência é que há reformas no texto a todo o momento. Desde 1988, há uma média de três emendas constitucionais por

ano. Isso é um fator preocupante, que dilui a força normativa da Constituição, uma vez que a mudança contínua da Constituição traz o desprestigio do texto. Nós não amadurecemos ideias, nós encaramos a Constituição como uma lei comum igual às outras, o que é decorrência da extensão e detalhe do texto.

Extensão que tem origem no fato de que quem estava fazendo a Constituição também era deputado federal ou senador, exercia o papel de legislador ordinário. Assim, deputados e senadores viam na Constituinte a oportunidade de fazer valer algumas das suas propostas que normalmente não logravam êxito pela tramitação regular, assim como negociavam propostas. Nesse processo, nós inchamos a Constituição: o que deveria ficar na legislação ordinária foi incluído na Constituição.

Mas vou para a terceira consequência, que é ausência de um projeto de Constituição e o que essa ausência acarretou. Ao longo da história do Brasil, tivemos modelos diferenciados de constituição: Constituição outorgada, Constituição com Constituinte exclusiva, usando os próprios Congressos, etc. Os modelos variam, o direito comparado também. Somada à ausência de uma reforma partidária do sistema eleitoral previamente feita, o que nós tivemos foi uma menor densidade ideológica da Constituição. Elaborar uma constituição sem projeto é como um elaborar um novo Código Civil sem um projeto. Pode-se distribuir o trabalho para várias comissões do Congresso, mas evidentemente a organicidade do conjunto normativo é prejudicada. É o que aconteceu com a Constituição.

No caso da Constituição, que é uma obra política, isso também significa menor densidade ideológica. Em Portugal, cada partido (liberal, social-democrata, socialista, etc.) normalmente tinha sua proposta de Constituição, vinculada à sua ideologia, o que permitia acordos de natureza ideológica, sem um prejuízo maior à organicidade. Já no caso brasileiro, tendo em vista a fragilidade do sistema partidário desde o violento golpe do Ato Institucional nº2, a Constituinte foi feita de forma descentralizada.

Nós tínhamos até desenvolvido, naquele prevê interregno democrático de 1946 a 1964, partidos bastante arraigados na sociedade, um esboço do que deve ser uma divisão ideológica e partidária: a UDN representava uma visão liberal, o PTB, que era um partido um tanto populista, tinha uma visão, em alguns aspectos, social democrática, o PSD talvez representava mais o nacionalismo, uma posição mais conservadora. Enfim, o espectro biológico brasileiro da época era razoavelmente representado. Após o Ato Institucional nº2, nós tivemos dois partidos artificiais: a Arena, o partido constituído para apoiar o governo, e o MDB, um partido de oposição

criado em uma época difícil de se fazer oposição. Enfim, toda a ideologia da época de dizer que pretendemos uma democracia, mas será uma democracia daqui há alguns anos, a chamada "democracia de sobremesa": precisa primeiro fazer o bolo, crescer o bolo, depois nós vamos comer o bolo daqui há trinta, quarenta, cinquenta anos.

Esses espaços vagos foram ocupados, porque se há um princípio em matéria de ciência política, um princípio inolvidável, é que não há vazio em política. Em outras palavras, não há vazio no processo político, o espaço sempre é ocupado. Se nós temos partidos fortes, temos um sistema político forte. Se nós temos partidos fracos, como tínhamos no Brasil em razão dessa ruptura do quadro anterior e também em virtude da falta de uma reforma política prévia à Constituinte, as corporações se fortalecem. Logo, a Constituição tornou-se extremamente corporativista.

Se nós queremos democracia no Brasil, nós temos que fortalecer os partidos políticos. As propostas das corporações, das entidades que representam bairros, cidades, porções do território, interesses profissionais, tudo tem que ser considerado pelo parlamento, mas sobre a filtragem de uma visão ideológica, globalizante, universalizante, a qual é própria dos partidos. Sem partidos não há espirito público, não há interesse público. O interesse público é fundamental em uma democracia, como já lembrava Cícero na República Romana, e vem dos partidos políticos, goste ou não se goste disso. As entidades de classe têm interesses respeitáveis, mas olham sob a ótica dos seus interesses particulares.

Portanto, se nós queremos, por exemplo, reformar o Supremo Tribunal Federal, não é o Supremo Tribunal Federal que tem que dizer como dever ser reformado, embora também deva apresentar a sua opinião. A reforma tem de partir das propostas de partidos políticos. Eu, pessoalmente, tenho uma proposta de uma corte constitucional para o Brasil, não extinguindo o Supremo, mas reformando o Supremo, para que ele possa assumir esse papel mantendo inclusive o nome.

Outras consequências da ausência de um projeto são pontuais. Eu quero louvar o trabalho da comissão de sistematização, que foi um trabalho hercúleo, um trabalho que evitou problemas maiores, porque passou o texto por várias versões. Ademais, houve o cuidado de submeter o trabalho inclusive a juristas, diversos constitucionalistas importantes – por exemplo, o professor José Afonso da Silva, talvez o principal consultor jurídico da Constituinte, assessor do Governador Mário Covas, na época líder do partido da maioria na Constituinte. Também a professora

Ada Pellegrini Grinover, através do Senador José Ignácio, do Espirito Santo. Logo, diversos juristas colaboraram com o texto.

De qualquer maneira, vez ou outra nós nos surpreendemos: outro dia eu dava uma aula de graduação na faculdade, em que falava sobre a iniciativa legislativa popular. Em relação à iniciativa no processo legislativo federal, a Constituição prevê um percentual mínimo de eleitores para apresentar um projeto diretamente ao congresso: 1% do eleitorado, e em relação aos municípios, a mesma coisa, previsto 5% do eleitorado municipal. Já em relação aos estados, a Constituição diz que é obrigatória a previsão do processo da iniciativa popular no processo legislativo estadual, e não dá percentual nenhum. A única razão para isso é que cada texto foi elaborado por uma subcomissão diferente: havia uma subcomissão que tratava desse assunto na União, outra no âmbito municipal e a outra no estado. A mesma coisa aconteceu no plano, por exemplo, dos tribunais e contas municipais: há problemas no texto que são perceptíveis, algumas pequenas contradições sistêmicas.

Mas tenho que chegar aqui ao final da minha exposição. Quero concluir refletindo um pouco sobre o processo constituinte brasileiro e a sua correlação com a atual crise política brasileira. Crise porque a todo o momento nós discutimos no Brasil o tema da reforma política. Se houvesse uma satisfação com as instituições, nós estaríamos bem resolvidos. Na Inglaterra não há discussões fortes sobre reforma política, tampouco nos Estados Unidos e, de maneira geral, na Europa. Logo, se esse tema é recorrente no Brasil, é porque há uma insatisfação em relação a esse assunto.

Por força de várias questões, algumas de natureza histórica, mas, principalmente, tendo em vista o próprio processo de formação da Constituição, nós acabamos com uma Constituição que é gigante nos fins e anã nos meios. Quanto aos direitos fundamentais, por exemplo, a Constituinte produziu uns dos mais brilhantes textos do constitucionalismo contemporâneo, ela prevê praticamente tudo o que havia de mais moderno. Em relação ao direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, por exemplo, a Constituição foi pioneira, deu um tratamento interessante a essa matéria e a várias outras questões. Portanto, ela é uma Constituição moderna em relação ao tema dos direitos fundamentais, apresentando uma divisão muito didática, muito correta, colocando esse assunto logo no início da Constituição, uma vez que o ser humano é mais importante do que o Estado, que vem organizado depois. O Estado é um meio e não o fim.

Mas a constituinte se esqueceu de que os direitos fundamentais, para serem realizados, precisam de um Estado devidamente estruturado. O processo político não efetiva direitos fundamentais espontaneamente, precisa de instrumental para isso. Portanto, são necessárias instituições. O texto constitucional apresenta todo um elenco de direitos sociais, que não param de crescer. Entretanto, os direitos sociais só se efetivam se o Estado funciona, se os serviços públicos são de qualidade, se as instituições políticas funcionam. A dificuldade é que para fazer uma democracia social, muitos ganham, mas também há quem perca. Não é possível fazer reforma tributária, por exemplo, de maneira totalmente neutra: se o intuito é melhorar a arrecadação, vamos dizer, as receitas municipais, então os estados têm que perder ou a União, ou então todos ganham e quem perde é o contribuinte. Esta última é a possibilidade mais corrente no Brasil, quem paga a conta é o contribuinte, que já tem uma carga tributária das maiores do mundo.

Logo, essa questão dos fins e meios é uma questão que merece a nossa reflexão. Quais os meios que a Constituição coloca para a realização desse generoso programa de fins que ela aponta? Em primeiro lugar, o presidencialismo. Se nós formos olhar o mundo todo, onde é que deu certo o presidencialismo? Em Portugal e na França se fala em semipresidencialismo, embora eu acredite que são sistemas, em sua natureza, parlamentaristas. Nos Estados Unidos deu certo o presidencialismo, é aquela exceção que confirma a regra. Os Estados Unidos têm a moeda de curso internacional, o maior PIB do mundo, portanto, é um país *sui generis* nesse aspecto. Um país que possui uma larga tradição democrática de baixo para cima, um país fundado nas suas partes, que teve estados membros separados antes de se agregar em uma federação. Ademais, é um país com uma história riquíssima, mas toda peculiar.

Os Estados Unidos é o único exemplo de presidencialismo que de fato deu certo, onde me parece que qualquer sistema de governo daria. Por outro lado, nós temos um governo que muitas vezes não tem maioria no parlamento, conforme comprova a grande crise do Governo Collor. Como fazer reforma do sistema monetário e atuar em questões que provocam conflitos de interesses com um parquíssimo apoio parlamentar? Além disso, o nosso bicameralismo misto torna o processo legislativo um processo menos eficiente, como já foi discutido. O Senado no Brasil não só representa os estados, ele também tem um papel de moderação no processo legislativo, o que na minha avaliação é incompatível com o processo legislativo

moderno. Temos que repensar o modelo de 1934 e perdemos uma grande oportunidade na Constituinte.

Há um terceiro aspecto: o sistema eleitoral. Essa reforma teria um profundo impacto no Brasil, porque reduziria espontaneamente o número de partidos. Como é possível funcionar um modelo político com fracionamento de bancadas para dezenas de partidos? No Brasil, na verdade, os governos que não governam, não caem. Em outras palavras, é o doente que não se cura, mas que é mantido vivo. Nós temos governos frágeis, já que não têm apoio parlamentar expressivo. Basta ver o partido principal: o Presidente da República é do PT, enquanto o tamanho da bancada do PT no Congresso não chega a 20% das cadeiras do parlamento. A saída é a composição, que, por sua vez, leva à fisiologia, e assim por diante. É só ver que o arco de apoio do governo atual no Congresso vai desde os ruralistas até os ambientalistas, dos que defendem o aborto ao conservadorismo católico mais radical, tudo na mesma base. Essa é uma questão fundamental para alcançarmos uma democracia no Brasil.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em umas das mais desastrosas decisões dos últimos tempos, declarou inconstitucional a lei orgânica dos partidos, a qual dava um tímido passo no sentido de diminuir o número de partidos. O argumento do STF é que precisa prevalecer o princípio do pluralismo político, confundindo pluralismo político com o número de partidos no Congresso Nacional. Mas uma coisa é muito diferente da outra. Nós podemos ter duzentos e cinquenta partidos, outra coisa é ter duzentos e cinquenta partidos no Congresso.

O voto distrital é algo que deveríamos considerar, a cláusula de barreira no sistema alemão, também. Prefiro o voto distrital porque o voto distrital faz isso naturalmente, a cláusula de barreira já é um mecanismo mais artificial, por isso o próprio Supremo não aceitou aquilo que não era uma cláusula de barreira, mas uma cláusula de desempenho (o partido teria mais recurso ou mais tempo na televisão, de acordo com o seu desempenho eleitoral), mas mesmo isso não foi bem aceito no Supremo por unanimidade, o que é de estarrecer. O quarto ponto, por sua vez, é o controle difuso, a forma como se dá o controle de constitucionalidade no Brasil. Discorro sobre essa matéria em um trabalho, prefaciado pelo Ministro Gilmar Mendes, no qual mostro que o sistema brasileiro, em primeiro lugar, não é misto, é difuso, enquanto deveria ser concentrado.

Essa discussão, que foi muito rica na Constituinte de 1934, a qual elaborou a Constituição de 1934, desapareceu ou foi muito pouco tratada na Constituinte que

elaborou a carta de 1988, exatamente porque esses temas institucionais foram enfraquecidos. Construímos uma Constituição cidadã, mas com um Estado extremamente fragilizado, do ponto de vista institucional, para realizar os fins a que ele se obrigou a realizar. Enfim, as consequências disso são governos frágeis. O governo, por exemplo, tentou aprovar o código florestal, o qual foi totalmente retalhado e apresentou um texto ambíguo para todos acharem que ganharam a deliberação, os ambientalistas e os ruralistas, todos saíram como vencedores porque o texto é ambíguo, conforme a velha técnica da ambiguidade.

Ademais, há o excesso de MPs, o que também prejudica a democracia. Na verdade, a MP é um sintoma, é uma consequência, porque na medida em que o governo é frágil, ele vai pelo único instrumento que ele tem de mais eficaz, a MP, e acaba pautando com isso toda atuação no Congresso Nacional. A reeleição veio nesse contexto como mais uma tentativa de dar um pouco mais de eficiência governativa. Portanto, o clima é de insatisfação permanente, insatisfação que vai para as ruas. Concluo dizendo que não encontraremos uma resposta se não nos preocuparmos com todas as reformas, principalmente a reforma política. No entanto, é preciso saber para onde ela deve apontar, para não piorarmos o quadro atual.

Marco Constitucional de 1988: o movimento constituinte no Brasil

Fernando Henrique Cardoso

Foi Presidente da República do Brasil por dois mandatos consecutivos, de 1º de janeiro de 1995 a 1º de janeiro de 2003, como também, foi senador e ministro das Relações Exteriores e da Fazenda. Ademais, consolidou o Plano Real, estabeleceu reformas constitucionais, privatizou empresas estatais e seguiu seu projeto neoliberal. Além disso, recebeu diversos prêmios e condecorações, entre eles: título de Doutor *Honoris Causa* de mais de 20 universidades, membro honorário da Academia de Ciências e Artes dos Estados Unidos, eleito para a Academia Brasileira de Letras, ocupando a cadeira nº 36, em 2013. É sociólogo, professor, pesquisador e autor de vários livros sobre mudança social e os condicionantes políticos do desenvolvimento do Brasil e da América Latina.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade refletir acerca do marco constitucional que foi o de 1988, para isso, o texto inicia com um depoimento sobre o que foi o momento constitucional brasileiro. O autor afirma que é preciso remontar à época para entender a tensão que foi vivida na Constituinte e o significado daquele conjunto de pessoas tentarem colocar um marco do Brasil, um conjunto de princípios. E, complementa evidenciando que a Constituição está fincada em lutas, em muitas tentativas de quebrar o regime autoritário, desde as tentativas que nunca tiveram o meu apoio pelas violências, até as tentativas que tiveram o meu apoio pela sua luta pacifica, mas tenaz, como nas greves. Essas lutas foram o fermento que permitiu, mais tarde, o Movimento das Diretas Já, sem o qual não haveria a possibilidade de nós termos um novo marco constitucional.

Pretendo dar um depoimento sobre o que foi o momento constitucional brasileiro. É preciso remontar à época para entender a tensão que foi vivida na Constituinte e o significado daquele conjunto de pessoas tentarem colocar um marco do Brasil, um conjunto de princípios. Essa Constituição está fincada em lutas, está fincada em muitas tentativas de quebrar o regime autoritário, desde as tentativas que nunca tiveram o meu apoio pelas violências, até as tentativas que tiveram o meu apoio pela sua luta pacifica, mas tenaz, como nas greves, as quais eu nunca faltei em São Bernardo, em Osasco. Essas lutas foram o fermento que permitiu, mais tarde, o Movimento das Diretas Já, sem o qual não haveria a possibilidade de nós termos um novo marco constitucional.

É preciso entender que a legitimidade da Constituição adveio de um conjunto de manifestações da sociedade brasileira, que impuseram a criação de uma Constituinte consolidada através de uma emenda que o Presidente Sarney teve a coragem de apresentar à Constituinte, uma emenda constitucional a uma construção anterior que não tinha para nós legitimidade. Logo, por trás desse processo está aquilo que realmente deu validade à Constituição, esse movimento da sociedade. Não havendo possibilidade de ruptura formal de um sistema de poder, a sociedade foi transformando na prática esse sistema de poder, e até mesmo as pessoas que participaram do regime autoritário posteriormente ajudaram a construir a democracia. É um processo social – antes de ser um processo codificado em regras, em leis, é um processo social,

Quando chegou o momento da Constituinte, a discussão foi imensa: perguntou-se qual seria a legitimidade de uma Constituição dado que a ordem não fora revolucionariamente quebrada e como se faria então para dar mais legitimidade a essa nova Constituição. Não faltou quem propusesse a eleição de um grupo especial de pessoas que fizessem só a Constituição, em vista do temor de que os que têm mandato popular e pertencem ao Congresso Nacional pudessem conspurcar a Constituição, por serem diretamente interessados nela. Por outro lado, olvidavam-se de que aqueles que não têm a experiência da vida política prática muitas vezes não têm a sabedoria suficiente para normatizar, de modo efetivo, aquilo que se propõe.

Finalmente, foi decidido que a Assembleia Constituinte teria vigência ao lado da continuidade do Congresso Nacional, e nós funcionamos dessa maneira, algo difícil de se imaginar: funcionava o Senado, funcionava a Câmara e funcionava o Congresso, e às vezes funcionava o Congresso Nacional e a Assembleia Nacional

Constituinte. Não foi fácil encaminhar o processo decisório dessa Assembleia Constituinte. O doutor Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia, havia me designado para ser o relator das regras iniciais da Constituição, o regimento que permitiria desenhar uma nova Constituição. Eu me socorri com o conhecimento do então Deputado Nelson Jobim, posteriormente Ministro da Justiça e Ministro do Supremo Tribunal Federal (posteriormente, também presidente do STF), para que me ajudasse a encontrar caminhos que permitissem definir um processo pelo qual nós chegaríamos a uma decisão constitucional.

A ideia na época era de que cada um dos constituintes teria direito de participar de tudo e que cada detalhe fosse submetido a cada um. No entanto, era muito difícil ordenar o processo constituinte dessa maneira. Quando eu apresentei ao Congresso Nacional o projeto preparado pelo Jobim e por mim e aprovado, naturalmente, pelo Ulysses, levei dois dias de críticas ferozes. Diziam a todo instante: justamente o senhor senador que foi exilado, que perdeu a cátedra, quer nos impor um “regime rolha” – rolha era uma tentativa de definir regras. Eu me lembrava que quando fui professor em Nanterre, na França, em maio de 68, dizia-se por todos os lados: é proibido proibir. O sentimento dos congressistas era esse, era libertário. Este espirito veio das ruas, o que foi muito importante. No entanto, era necessário haver um regimento que organizasse um pouco o processamento.

Para isso, inspirados um pouco em Portugal, buscamos uma comissão de sistematização e criamos um mecanismo pelo qual cada constituinte fez parte de uma comissão. Havia a comissão principal, chamada de sistematização, com quarenta e nove constituintes e um relator, o relator geral da Constituinte, Deputado Bernardo Cabral. O embasamento desse processo vinha da vontade de participação do país, de tal forma que, nesse regimento preparado, uma brecha foi aberta, difícil de ser compreendida à luz do puro direito constitucional: as chamadas emendas populares, pelas quais um conjunto de pessoas não-eleitas, não-constituintes, dados certos requisitos de número de assinaturas, poderiam ir ao plenário da Assembleia Nacional Constituinte defender o seu ponto de vista.

Isso é inovador, porque era um primeiro momento em que a sociedade passava a ter uma relação mais direta com o Congresso. Antes, os corredores do Congresso viviam vazios, não havia pulsação alguma e o poder do Congresso era nenhum, embora as mordomias fossem grandes. Quando se aceitou o procedimento das emendas populares e começou a haver um debate real no país, percebeu-se que se

estava criando uma nova situação política que permitiria depois uma institucionalidade mais forte, mais fincada em um sentimento mais amplo do próprio país.

Foram noites a fio em discussões infinitas, a começar desse próprio regimento, não só pelas emendas populares, mas porque a emenda do Presidente Sarney dizia que a Constituinte convocada era independente e soberana. Logo, nós colocamos um artigo que dizia que o poder constituinte poderia frear ou anular uma decisão do Executivo que eventualmente fosse de encontro a uma decisão na Constituição. Esse fator foi interpretado como uma possibilidade dos constituintes darem um golpe, e foi preciso que o líder do governo de então, Carlos Santana, e eu (que era líder do Senador e relator do texto) fôssemos conversar com o Presidente Sarney para explicar que não se tratava de uma manobra menor, mas de algo muito maior: reafirmar a soberania da Constituição, em homenagem ao próprio Presidente Sarney, que assumira naquele momento a posição de Presidente da República, pelo falecimento do Presidente Tancredo Neves, e que, portanto, não tinha condições políticas reais de exercer no início a plenitude do seu poder presidencial. Ele entendeu, dada a delicadeza da situação, que era preciso abrir espaço e permitir que pouco a pouco as forças políticas se fossem introduzindo no debate.

Eu assisti com emoção pela primeira vez a entrada no Palácio da Alvorada de líderes então banidos dos partidos, o João Amazonas e outros. Era uma época conturbada: saía-se de um regime autoritário militar, de uma Constituição que nós não aceitávamos e de muita gente excluída, para entrar nesse processo delicado em que se propõe uma Constituição a partir da antiga, em que o Presidente da República não tinha sido eleito diretamente como nós quiséramos e tinha ele próprio sido presidente de um partido que sustentara o Regime Militar. Não obstante, o presidente Sarney teve a capacidade de entender o momento. Pouco a pouco houve a legitimação da diversidade das posições políticas e ideológicas, a qual prevalece até hoje. Poucos países têm, mesmo hoje, essa capacidade política de aceitar diferenças, como a tem o sistema político brasileiro, quaisquer que sejam os seus defeitos.

O fato é que pouco a pouco, a partir do debate, a sociedade brasileira participou ativamente da construção da nova Constituição. Em contraposição ao vazio dos parlamentos do período autoritário, o plenário da Constituinte a toda hora era invadido por pessoas e grupos representantes de setores diversificados da sociedade que ficavam nas galerias, cantavam pelos corredores, formavam grupos de pressão e tratavam de chegar aos constituintes para expor os seus desejos. E havia uma tal

vontade de participar da Constituição que conto um pequeno episódio: uma tarde chegou ao meu gabinete de Senador um grupo de senhoras dizendo-se representantes das bibliotecárias, indignadas por não estarem contempladas na Constituição. Elas me explicaram, e tinham razão, que vários outros setores importantes de pressão estavam na Constituição. A nossa Constituição tem artigos minuciosos sobre guardas-florestais, sistema judiciário, Polícia Militar e vários outros segmentos da sociedade, porque nós estávamos com medo, víamos no passado o não respeito à lei, então queríamos abrigar a sociedade na Constituição.

A nossa Constituição é volumosa. A Constituição americana, por exemplo, é pequena. No entanto, é preciso entender os momentos. Naquele momento, todas as reivindicações queriam estar constitucionalizadas para se sentirem seguras e evitar o que tinha sido visto no passado como desrespeito continuado às leis. Os grupos se organizaram, e foram muito ativos na elaboração da Constituinte. Foram muito ativos os grupos empresariais, por exemplo, pois tinham medo de que a Constituição fosse tornar o Brasil inviável dando demasiadas regalias ao setor do trabalhador. Os setores coorporativos, os sindicatos, todos se organizaram para manter o que eles entendiam ser seus direitos.

Era o embate vivo de uma sociedade que estava pensando. Basta olhar no Senado da República, no Prodasen, a quantidade de propostas apresentadas à Constituição por todo o tipo de pessoas. Vê-se que o Brasil estava sonhando, delirando, talvez por pesadelo até. E os grupos organizados tinham a capacidade de não apenas sonhar, mas de chegar mais diretamente aos constituintes e colocar as suas reivindicações. De toda ordem, mencionei os empresários e os sindicatos porque eles foram realmente muito ativos, mas as polícias também foram muito ativas. E também os juízes, que lutaram para que houvesse a formação de um Ministério Público com os poderes que detém hoje.

Tudo o que hoje é letra escrita e parece morta foi luta viva naqueles momentos da Constituição. Mas a Constituição é um pacto social, e o pacto social, em alguma intransigência, é um pacto, não pode significar uma *dictator,* uma imposição. O trabalho da Constituinte foi o de promover uma série de pequenos e grandes pactos, acordos de toda a natureza. Por exemplo, houve um momento em que havia uma reivindicação dos sindicatos para a redução da jornada de trabalho. Primeiramente, os constituintes incentivavam a reivindicação no seu extremo: por exemplo, reduzir a jornada de trabalho de 48 horas para 38 horas. Isso produz imediatamente uma

reação. No final, chegava-se a um certo entendimento, de forma que ficou em 44 horas. Assim foi em cada tema delicado dos embates ou, em outras palavras, da luta de classes.

As classes estavam lutando, é natural. A Constituição tem que abrigar a todas as classes e tem que definir normas que permitam a evolução do processo, que sempre se transforma. A Constituição também tem que ter uma certa capacidade de antevisão. Felipe González, ex-Presidente da Espanha, sempre dizia que uma boa Constituição tem que ser como um texto bíblico, tem que permitir várias interpretações para que se possa acomodar o processo real. Em temas muito delicados, como por exemplo, a reforma agrária, que foi outro divisor de águas na Constituinte, o processamento foi o mesmo. A grande questão no fundo era: pode ou não pode haver a desapropriação de terra produtiva? Alguns setores, principalmente as esquerdas, diziam que pode; os outros mais conservadores, que não pode. Foi determinada uma votação por destaque em separado, e quem ganhasse tinha que apresentar duzentos e cinquenta e oito votos. No caso da desapropriação de terra produtiva, nenhum dos lados ganhou. Foi o chamado buraco negro. O doutor Ulysses, com a autoridade que tinha, criou uma comissão de Constituinte. Determinou-se assim que pode em condições dadas, se for pago em dinheiro, e tem que haver uma avaliação, o juiz pode interferir. Enfim, houve uma negociação. O processo constitucional é um processo negociador com o espirito público. Assim foi feito e nós conseguimos avançar.

Outro exemplo é a questão da função constitucional das Forças Armadas. Quando nós estávamos preparando para fazer uma nova Constituição houve a ideia de criar uma comissão de notáveis, criada sob a Presidência do Afonso Arinos de Melo Franco. Na Comissão Arinos tinha havido uma proposta vencedora, segundo a qual a Constituição não deveria dar outra função às Forças Armadas senão a defesa do território nacional frente ao inimigo externo, porque nós estávamos vindo de uma experiência de muita interferência militar. Em um dado momento, quando o relator da Constituinte, Bernardo Cabral, tinha que fazer a sua apresentação, na síntese, houve uma demanda de alguns parlamentares dos setores mais à esquerda determinando que deveria voltar o texto da Comissão Arinos, segundo o qual não pode haver nenhuma interferência.

Houve uma reação grande quanto ao fato de que nós íamos tirar das Forças Armadas a possibilidade de qualquer outra missão senão essa. Resultado: mais um processo negociador. Coube ao Senador Richard e a mim conduzir essa negociação

e inventamos uma esdrúxula solução: o presidente chefe de um dos três poderes pode chamar as Forças Armadas para ação sob o comando do Presidente da República. O realismo mostrava que, quando há uma eleição, é preciso em certas zonas do Brasil que haja um poder que segure as brigas locais. Tem-se que chamar as Forças Armadas. Logo, era preciso dar uma válvula para isso, que não cabia naquela formulação abstrata absolutamente democrática da impossibilidade de interferência das Forças Armadas, uma vez que elas são parte também constituinte do conjunto e são garantidoras desse conjunto democrático. As Forças Armadas nunca mais interviram no processo político brasileiro. Nós assistimos a um impeachment de um presidente na maior tranquilidade, porque houve esse processo negociador da Constituição brasileira.

Portanto, a Constituição realmente abrigou uma diversidade de pontos de vista, permitindo um certo raio de manobra para aqueles que têm que efetivar as suas prescrições. Houve momentos bastantes difíceis, porque o espírito da Constituinte no início era favorável ao regime parlamentarista. A comissão de sistematização e o deputado Bernardo Cabral consagraram que a Constituição deveria ser parlamentarista e que o mandato do Presidente da República deveria durar quatro anos. No entanto, o Presidente Sarney tinha recebido a função de ser presidente indiretamente pelo Congresso através de uma Constituição que lhe dava seis anos. A opinião de muitos era que deveria ser quatro anos e parlamentarismo.

Esse embate provocou um grande choque político, uma divisão muito grande, que deu origem à formação do que havia se chamado “centrão”, um agrupamento político criado por cima dos partidos para, de alguma maneira, refletir os interesses do Palácio do Planalto e dos setores mais conservadores da população brasileira. No final, na própria votação ganhou o sistema presidencialista e o mandato ficou reduzido de seis para cinco, tendo em vista que o Presidente Sarney já havia realizado a redução. O problema é que a Constituição foi pensada no espirito parlamentarista e, portanto, no momento final, quando mudou o sistema, o conjunto não mudou. Isso deu muito trabalho à comissão de redação, da qual fiz parte, criando a necessidade de limar alguns preceitos, gritantemente conflitantes, porque se estava imaginando um regime parlamentarista.

Um dos tais preceitos é a Medida Provisória, a qual foi feita, inspirada pelo doutor Ulysses Guimarães e realizada materialmente pelo Ministro Nelson Jobim, como ideia retirada da Constituição italiana para um sistema parlamentarista. Por outra parte, se

nós não podíamos aceitar o que vigia até então, ou seja, o decreto-lei em que o Presidente toma decisão e acabou, era preciso criar algum mecanismo de decisão mais rápida, porque o mundo contemporâneo o requer. Por exemplo, o Plano Real levou mais de cinco anos para ser aprovado, todo por Medida Provisória. Seria impossível fazer o Plano Real sem que houvesse um instrumento dessa natureza.

Portanto, não se pode ver a Constituição abstratamente, é preciso observar como ela foi gerada e o motivo das coisas acontecerem daquela maneira. Obviamente, tem-se que seguir a letra da lei, mas a letra da lei tem que ser explicada, tem que haver mais que uma hermenêutica, é necessária uma compreensão histórica desse processo. Bem ou mal, a Constituição consagra o que há de fundamental, ela é feita para assegurar direitos e dar limites aos poderosos. Essa é a ideia central da Constituição: quem manda, por que manda, por quanto tempo manda, no que pode mandar e até que ponto pode mandar. Muitos criticaram a Constituição de 1988 dizendo que ela dá direitos e não deveres. Entretanto, é da essência das Constituições garantir os direitos, os deveres vêm depois.

Do ponto de vista democrático, a Constituição de 1988 é impecável: ampliou muito a capacidade do cidadão de se defender, de participar, de discutir a decisão do próprio legislativo e do executivo, criou o Ministério Público, permitiu o mandato de injunção e deu ao Supremo uma certa margem de ação. É uma Constituição inovadora, mas sempre inovadora no sentido democrático. Aqueles que hoje podem reclamar da constitucionalidade de uma lei são muitos, no passado só o Consultor-Geral da República podia encaminhar o pedido ao Supremo Tribunal. É verdade que houve uma judicialização da política e chegará o momento que vamos ter que acertar qual é o limite dessa judicialização. No entanto, do ponto de vista democrático eu só tenho a louvar a Constituição de 1988.

Outro aspecto dessa Constituição é que ela abre um horizonte melhor para o Brasil, um horizonte que naquela época o Brasil não podia sequer cumprir. Um exemplo é a questão da generalização dos serviços de saúde, o Serviço Único de Saúde (SUS), que não havia como realizar naquele momento, mas que hoje está feito. O Presidente Obama nos Estados Unidos, até agora, depois de uma lei aprovada, tem que enfrentar os grupos mais reacionários que não permitem que uma lei semelhante tenha vigência para dar alguma assistência médica aos que não podem. Aqui no Brasil isso nem se discute, é realmente direito do cidadão. Critica-se o Estado quando o

Estado não oferece, mas está lá na Constituição. Tínhamos que universalizar a educação, foi universalizado.

O desafio do futuro é como nós vamos passar de quantidade para qualidade. É um bom desafio. Naquela época, o nosso desafio era criar condições legais e de estimulo constitucional para que houvesse acesso generalizado. Agora nós não estamos mais satisfeitos só com a universalização, queremos qualidade, queremos melhorar os sistemas que são oferecidos. Mas é indiscutível que a Constituição que está aí é uma Constituição que desenha um Brasil mais equilibrado, um Brasil, não do ponto de vista partidário, mas do ponto de vista filosófico, social democrático. Um Brasil que entende que a democracia só ganha realmente vigor quando ela atende aos anseios da sociedade. Nesse sentindo, essa Constituição permitiu a Reforma Agrária, a universalização da educação – enfim, creio que do ponto de vista social as vantagens são muitas.

Eu tenho críticas do ponto de vista corporativo e as tive na época que a Constituição manteve muito um certo corporativismo que é culturalmente enraizado no Brasil, mas eu não tenho críticas a esse sonho de um país socialmente mais equilibrado. Onde a Constituição ficou talvez um pouco mais aquém, no meu modo de ver, foi na parte propriamente econômica, porque nós fizemos essa Constituição em 1988, sendo que o Muro de Berlim caiu em 1989. Em outras palavras, o sentimento generalizado do país era mais Estado, mais controle e horror ao capital estrangeiro e a Constituição de alguma maneira refletiu esse sentimento. Isso não paralisou o país, pois fizemos muitas emendas constitucionais, modificamos alguns aspectos da Constituição para permitir um certo jogo, ao meu ver saudável, no qual nem tudo fica nas mãos do Estado, um certo equilíbrio. Uma parte do setor produtivo fica nas mãos do Estado, outra não fica, há competição. Ou seja, a Constituição permite adaptações, apesar da rigidez inicial em várias matérias, como a mais gritante de todas, a questão de fixar na lei a taxa de juros em 12%, a qual inviabiliza o funcionamento da política monetária. Essa matéria foi fixada na lei pois correspondeu a um sentimento compreensível da população, tendo em vista a inflação enorme e as taxas de juros escandalosas, mas não foi regulamentada, porque era inviável regulamentar.

Em suma, do ponto de vista do que era o momento econômico quando nós já estávamos em uma fase de início aprofundada da globalização, na qual se estava terminando a bipolaridade no mundo, a Constituição de 1988 criava dificuldades para o novo contexto de inter-relação. A Constituição muitas vezes reflete os sentimentos

do seu momento, depois nós modificamos para permitir uma certa flexibilidade. Portanto, a Constituição teve a sabedoria de permitir modos para a sua própria correção. Se a Constituição hoje é louvada, isso se deveu a um esforço ingente não só dos constituintes, mas de muitos setores da sociedade que lutaram para que ela fosse possível. Também se deveu à capacidade de comando, não só do Ulysses Guimarães, mas de pessoas como o Mário Covas, que foi líder da Constituinte e que teve um papel decisivo em vários momentos, assim como se deveu à capacidade do Carlos Santana, que era líder do governo, de entender certas circunstâncias. É importante também destacar a criação dos mecanismos de negociação.

O que será dessa Constituição e do nosso sistema partidário e político, em geral, em função dos acontecimentos recentes no país e no mundo? Nós estamos realmente em um momento em que é cedo para dizer o que será, porque nós tivemos uma modificação grande no modo de produção, no modo de viver e no modo de comunicação. Os computadores, que todos nós trazemos no bolso, permitem que cada pessoa tenha aspiração a participar mais e as pessoas estão querendo participar mais, como se observa no que aconteceu no mundo árabe, na Europa, ou nos Estados Unidos. Em outras palavras, a sociedade hoje requer mais rapidez em certas questões, e aquilo que começara na Constituinte, os processos de audiência pública, as CPIs, enfim, esses mecanismos todos de abertura terão que ser ampliados.

O sociólogo espanhol Manuel Castells, professor da Universidade de Berkeley, e o sociólogo venezuelano Moises Naím, que escreveu o livro *“The End of Power”,* discutem o que aconteceu no mundo nos últimos dois anos em vista desses movimentos que são devidos à rapidez e à espontaneidade com que é possível chamar manifestações e pressionar governos. Em certas situações, quando há opressão, pobreza e desemprego, os governos podem até tombar, como tombaram em algumas partes. Em outras situações, os governos não tombam, mas ficam deslegitimados, porque as pessoas não creem mais neles. Em nenhuma dessas manifestações, entretanto, se conseguiu descobrir quais são os mecanismos pelos quais seria possível passar do movimento à institucionalidade, de que maneira aquilo que é espontâneo e que é, às vezes, difuso pode se transformar em algo que tenha objetivos mais concretos, passiveis de regulamentação e de interferir nos processos decisórios.

Não está claro ainda, mas esse é um processo que está em aberto e vai requerer tempo, não adianta ficar inventando soluções antes da hora. Entretanto, certamente o

que nós estamos sentindo nas ruas não é a ilegitimidade do poder em si, é uma certa descrença de que os mecanismos disponíveis são efetivos para dar consequência àquilo que as pessoas aspiram. Não é uma questão Constitucional, é mais do que Constitucional, e poderá vir a ter algum desdobramento, se não constitucional, legal. São momento ricos, não são momentos em que a gente deva se apavorar, mas nós devemos diante deles ter a mesma sensibilidade que tiveram os nossos líderes do passado nos momentos de dificuldades. Temos que nos entender, escutar-nos uns aos outros, porque não dá para imaginar que uma solução unilateral consiga resolver uma insatisfação quando ela se generalizar. Dessa maneira, seriam necessárias algumas formas de combinação, como nós fizemos na Constituinte.

Constituição e Transnacionalidade: uma análise da situação alemã

Gesine Schwan

É professora de ciência política e membro do Partido Social Democrático da Alemanha. Em 1962, iniciou os seus estudos em história, filosofia, línguas românicas e ciência política na Universidade Livre de Berlim e mais tarde na Universidade de Freiburg. Na Universidade de Cracóvia, ela tornou-se professora assistente e continuou seu trabalho sobre a crítica de Marx. Foi nomeada professora titular do Departamento de Ciência Política na Universidade Livre Berlin em 1977. Foi nomeada duas vezes pelo Partido Social Democrático como candidata para as eleições presidenciais federais.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar aspectos que, do ponto de vista brasileiro, poderiam ser interessantes, se considerarmos a estabilidade da Constituição. O texto começa com uma definição conceitual, pois todos os grandes conceitos e estabilidade política têm muito significados. É difícil determinar os critérios de um sistema político estável. O texto inicias discussões e reflexões bastante importante, por exemplo, o fato de que pode-se ter a melhor Constituição do mundo, mas, se na sociedade ninguém acredita no Direito, nem no Estado de Direito, se ninguém trata a Constituição correspondentemente, não se vai longe. É preciso uma cultura correspondente à disposição psíquica dos cidadãos.

Tentaremos abordar aspectos que, do ponto de vista brasileiro, poderiam ser interessantes, se considerarmos a estabilidade da Constituição. Começaremos com uma definição conceitual, pois todos os grandes conceitos e estabilidade política têm muito significados. É difícil determinar os critérios de um sistema político estável. Apenas para que se tenha uma ideia, antes de 1989, a República Democrática Alemã, vale dizer, a Alemanha comunista, era considerada como um país bastante estável,

inclusive em termos econômicos. Depois, constatou-se que esse país não foi tão estável. Muitos, como Charles Maier, historiador norte-americano muito conhecido, pensaram sobre como isso ocorreu.

Existe talvez uma série de razões difíceis de definir. A estabilidade de sistemas políticos não significa simplesmente rigidez ou fixidez. Estabilidade e flexibilidade são duas faces de uma moeda. A flexibilidade somente se mantém em uma democracia estável quando ela consegue reagir flexivelmente a novos desafios políticos, sociais, econômicos ou culturais. Isso a república democrática alemã não conseguiu. Então, a *flexible reaction*, como diz a ciência política norte-americana, ou seja, a resposta flexível aos desafios é necessária, mas o objetivo é a integração sistêmica democrática. Não se trata de oportunismo ou de um recuo de diante de toda e qualquer transformação.

Um sistema democrático flexível, uma reação democrática flexível, deve integrar sistemicamente, e não de qualquer modo. Em relação aos desafios da sociedade na política, fica claro que existe uma interdependência recíproca entre fatores econômicos sociais jurídicos constitucionais. Sistemas e condições sistêmicas na estabilidade não são sempre apenas fatores institucionais de organização da Constituição, do parlamento e dos partidos. Sempre está em jogo o objetivo dos pressupostos culturais. Pode-se ter a melhor Constituição do mundo, mas, se na sociedade ninguém acredita no Direito, nem no Estado de Direito, se ninguém trata a Constituição correspondentemente, não se vai longe. É preciso uma cultura correspondente à disposição psíquica dos cidadãos.

A partir da chamada pesquisa da transformação, que investiga como democracias se tornam ditaduras, ou ditaduras se tornam democracias, ficou claro que há tentações institucionais. Por exemplo, a transformação de ditaduras em democracia pode ser feita muito mais facilmente do que em transformações culturais. Ruan Luis, um cientista político conhecido que muito escreveu sobre a estabilidade de sistemas políticos na América Latina, mas também na Europa, sempre deixou isso muito claro. Segundo esse cientista, podemos tentar, com relativa rapidez, escrever uma nova Constituição depois de uma transformação sistêmica, ou fundar novos partidos, ou produzir novas definições de governo, mas dar um preenchimento cultural, um conteúdo cultural a tudo isso, é muito mais difícil, porque as pessoas não conseguem transformar-se tão rapidamente nas suas representações mentais básicas.

Na Europa, nossas pesquisas se direcionaram intensivamente nas relações entre a Alemanha, Espanha e Polônia. Os poloneses, desde o fim do Século XVIII, ou seja, desde a divisão da Polônia, sempre tiveram um Estado que consideravam opressivo, uma ocupação. Aquele país foi dividido no Século XVIII entre a Rússia e a Áustria e, depois, houve a Primeira Guerra Mundial, depois a Segunda Guerra Mundial, a Alemanha Nazista e depois o Governo Comunista. Por isso, os poloneses acostumaram-se a não obedecer ao que vinha do Estado, a minar tudo isso, porque eram dominações estrangeiras, estranhas, então, os poloneses tiverem de aprender. Existem outros países, como a Grécia, nos quais as coisas são parecidas. Um famoso economista já falou a respeito da parte de dependência do passado, como a formação social não pode ser mudada de hoje para amanhã. Quando um sistema político é instável? É muito difícil defini-lo, porque, por exemplo, embora pensássemos que a República Democrática Alemã comunista se tratava de um estado firme e sólido, como uma rocha, era na verdade instável.

Pode-se dizer, no entanto, o que faz parte de uma democracia em termos normativos? Nos referimos ao típico sistema democrático ocidental, à divisão dos poderes, partidos, Estado de Direito, democracia parlamentar ou presidencialista. Há também os componentes sociais econômicos. Há certos sistemas políticos dotados de legitimidade nos quais só se obedece aos seus representantes, esse sistema não conhece confiança sistêmica, não desenvolve uma sensação de legitimidade, e também não é estável.

Um dos filósofos mais importantes da antiguidade, Aristóteles, já disse no seu livro “Política” o que ele entendia por democracia. Disse que determinado sistema necessita de uma camada média ampla, ou seja, uma ampla camada mais ou menos abastada, não pobre demais, nem rica demais, e que pode se comportar de forma independente de outros. Aristóteles fez uma observação interessante, psicológica. Disse que os partidários de tal camada média – evidentemente não se referia às mulheres, pois na época não entravam no seu horizonte – são prudentes e moderados o suficiente para dominar sem oprimir quando têm um cargo político. São também seguros e dependentes o suficiente para obedecer sem se tornar servis. Essas pessoas têm atitude de um cidadão, de um *citizen*, não de um *bourjois*, um burguês. Submetem-se às regras, mas também projetam as regras.

Depois dessas reflexões de natureza teórica sobre a estabilidade, critérios de estabilidade e estabilidade política, questionamos se Alemanha é um país estável.

Será que ela é um sistema político estável? Obviamente, a democracia alemã até agora não entrou em colapso, mas é preciso fazer uma análise mais acurada.

Examinemos em primeiro lugar a Alemanha oriental, a República Democrática Alemã. O sistema comunista na Alemanha ocidental não era estável e podemos dizer grosso modo o que valia para todos os sistemas comunistas. A República Democrática Alemã era excessivamente rígida. As pessoas não tinham como adaptar-se aos novos desafios. Já a Alemanha ocidental com certeza foi politicamente estável, não experimentou nenhuma mudança sistêmica antes de 1989. Além disso, a unificação da Alemanha oriental com a ocidental se deu sem grandes explosões, sem maiores problemas. Houve, é claro, perdas para muitos alemães orientais. Houve um índice de desemprego dramaticamente crescente e extremamente problemático para muitos alemães orientais. Os alemães ocidentais tiveram de pagar a conta para desenvolver a Alemanha oriental e esses problemas financeiros foram resolvidos mediante assalto à Previdência Social da Alemanha ocidental.

Isso não foi regulado, porque a Previdência Social da Alemanha ocidental não tinha sido inventada financiar a reunificação, mas foi feito porque o governo alemão, depois de 1990, não queria aumentar a carga tributária. Então, toda a previdência social teve de ser reformada, não só por causa disso, mas em parte porque o dinheiro que tinha estado na previdência social da Alemanha ocidental havia sido gasto para financiar a reunificação. Os políticos tiveram mais facilidade com essa escolha. O dinheiro existia e metendo a mão na previdência social não houve necessidade de aumentar a carga tributária, o que teria levado a um desprestigio da classe política.

As consequências culturais, 20 anos depois da reunificação, não são poucas. Deve-se dizer que na Alemanha ocidental e na Alemanha oriental houve um retrocesso da fé no valor fático da democracia, não nos valores, nem no sistema normativo, mas a fé na democracia baixou tanto na Alemanha ocidental, quanto na Alemanha oriental. Isso vale também para a fé no sistema denominado na Alemanha de social de mercado, e para muitas pessoas estava correspondendo cada vez menos à realidade, sobretudo, à nova realidade experimentada pelos alemães orientais depois da reunificação.

Nos 20 anos pregressos, tivemos problemas com o crescimento de discrepância social, mas não por causa da reunificação. Temos uma riqueza privada gigantesca e em torno de 20% dos alemães estão excluídos da sociedade e da política. É necessário lembrar que a justiça social parte do pressuposto da estabilidade

política. Até agora isso não levou a nenhuma desestabilização política na Alemanha, mas deve-se dizer que a coesão da sociedade alemã sofreu consideravelmente. Provavelmente disso não resultarão rebeliões sociais, mas aumentarão a não participação e a resignação, haverá um retrocesso na participação das eleições e aumentarão certamente os ressentimentos dos excluídos diante dos incluídos.

Esses ressentimentos não se manifestam em desordem social na desestabilização dos sistema político, manifestam-se frequentemente em ressentimentos, eventualmente contra estrangeiros, contra imigrantes, contra todos aqueles que são mais fracos. Eis um mecanismo sociológico que conhecemos muito bem. Eu me sinto forte se os outros são fracos, mesmo eu sendo muito fraco eu me sinto mais forte ainda se eu estou ao lado de outras pessoas que são mais fracas que eu. Esse é um problema da sociedade alemã e na Alemanha oriental temos imigrações, êxodo rural, mas também urbano. Em Frankfurt, na fronteira com a Polônia, 30% das pessoas que lá moravam em 1989 abandonaram a cidade. Isso é típico para muitas cidades da Alemanha oriental.

Devemos acrescentar que isso não aconteceu por causa da reunificação, mas porque a primeira fase, a da democracia, depois de 1989, caiu numa época na qual em todos os lugares as democracias experimentaram uma perda de habilidade, de crédito. As razões não consistiram tanto em deficiências dos indivíduos, mas em deficiências da globalização econômica e técnica, na globalização dos Estados-nação. A Alemanha é um Estado-nação dentro da globalização, portanto, eles perderam a capacidade de solucionar problemas políticos, pois são problemas transfronteiriços, não conhecem fronteiras. Nas primeiras décadas da República Federal da Alemanha estavam em jogo problemas econômicos sociais no interior da Alemanha, depois veio a União Europeia e desde a globalização, a nação pode estar em qualquer lugar do mundo, nem a forte Alemanha, nem o grande Brasil, nem o pujante Estados Unidos da América, têm mais condições de solucionar os problemas sozinhos, porque os problemas hoje são transfronteiriços.

Hoje estamos diante de desafios transnacionais novos, como primar pela segurança diminuir a escassez de recursos, a pobreza, a migração. Eis desafios novos, não são desafios que podem ser solucionados do plano, do estado global. Por exemplo, em relação ao grande desastre em Lampedusa, na Sicília, com 350 mortos, há algumas semanas, evidentemente a Itália não tem como lidar sozinha com esse grande problema, e nem qualquer outro país tomado isoladamente pode resolver esse

problema. O problema está no fato de que as respostas políticas que podem ser dadas pelos Estados individuais não são mais suficientes. As pessoas não acreditam mais na competência da política democrática, não o podem, mas eis evidentemente uma razão para perder a fé na legitimação de sistemas democráticos.

Isso não está relacionado somente com políticos individuais. É um problema de natureza sistêmica. Pensemos nas condições genéricas e político-sistêmicas de estabilidade política, efetivas na apresentação de todas as camadas sociais. Afinal, todas as camadas precisam identificar-se novamente com os partidos e o parlamento. As pessoas precisam sentir-se incluídas, não apenas incluir-se na política, mas também no mercado de trabalho. O bem-estar que deve estar mais ou menos bem distribuído involuntariamente na seguridade social, que faz com que o desempregado não fique desesperado, a parceria social, como nós a chamamos na Alemanha. Uma boa cooperação entre os representantes dos trabalhadores, os sindicatos, e, de outro lado, a confiança sistêmica, a confiança na democracia, a confiança na legitimidade, todos esses fatores hoje não estão mais tão assegurados na Alemanha. Consignamos no nosso país um retrocesso da participação. Dezessete milhões de eleitores alemães não foram às eleições na última eleição no parlamento há poucas semanas. Houve mais eleitores que não votaram do que eleitores que votaram em Angela Merkel, nossa chanceler.

Isso é reflexo de nossas discrepâncias sociais. Temos uma problemática clara no sistema educacional, no qual a origem social nos estados da OCDE define cada vez mais quais são as chances de uma criança de chegar até o fim do sistema escolar. Temos uma queda na confiança no sistema político e também uma queda genérica de confiança nos atores políticos, nos partidos e mesmo no próprio parlamento. A confiança que mais remanesceu na Alemanha é em primeiro lugar a confiança na polícia. Em segundo lugar, a confiança no Corpo de Bombeiros. Em terceiro, no Tribunal Constitucional Federal e no Presidente Federal. O que essas quatro instituições fazem? Cuidam da segurança pessoal e são instâncias que produzem efeitos suprapartidários. Isso é um problema porque, em uma democracia parlamentar, precisamos de partidos. O papel especial do Tribunal Constitucional Federal é muito importante.

Aparentemente, a Constituição brasileira regulamenta muitíssimo mais, inclusive de políticas individuais, do que a Constituição alemã. Temos um Tribunal Constitucional brasileiro que se compreende conscientemente como ator político, já o

Tribunal Constitucional Federal Alemão não deve fazer isso. Existe uma espécie de *jurist restriction*, uma restrição jurídica. Muitos políticos se sentem tentados a delegar questões compressas ao Tribunal Constitucional Federal para não enfrentar a ira dos eleitores.

Com isso, chegamos aos problemas da estabilidade alemã. O Tribunal Constitucional Federal compreende-se como o guardião da legitimidade democrática e goza de uma elevada reputação. Conquistou essa elevada reputação porque durante décadas a fio ele foi ocupado por juízes dos diversos partidos e a jurisprudência constitucional sempre foi bastante equilibrada. Então, o Tribunal Constitucional Federal goza de uma elevada autoridade e justamente nos últimos ele foi compreendido como um guardião da legitimação democrática, especialmente em relação à União Europeia.

Chegamos então a um novo tópico deste trabalho. Se a estabilidade do sistema político alemão depende cada vez mais da estabilidade político-democrática, fundamentalmente relacionada à estabilidade da União Europeia, já não pode mais ser defendida em termos puramente nacionais e tão pouco ser aperfeiçoada em termos puramente nacionais. A estabilidade alemã também depende do fato de que a União Europeia é reconhecida como legítima pelos seus cidadãos europeus, pois estabilidade política carece de uma fé na legitimidade.

Contudo, estamos constatando cada vez mais deficiências. Cada vez mais os cidadãos não apenas da Alemanha, eles próprios estão economicamente bem, mas, sobretudo na Europa Meridional, cada vez mais há cidadãos que se perguntam se a política feita pela União Europeia sem que eles sejam consultados, é democraticamente legítima. O grande problema é que, genericamente, nos últimos anos, o poder executivo, vale dizer o governo, na Alemanha e na União Europeia, ganhou influência em poder a expensas do parlamento alemão, mas também do europeu. As decisões do Governo Federal Alemão não foram apenas mais fortes do que o parlamento alemão, mas o mesmo vale para União Europeia. Na União Europeia, dentre as três instituições europeias, o parlamento, a comissão europeia em Bruxelas e o conselho da Europa ou o conselho de ministros, o conselho adquiriu um poder extraordinário. Chegou-se a uma espécie de intergovernamentalismo.

A respeito disso, o teórico Carl Schmitt ganhou importância no Brasil. Carl Schmitt enfatizou a importância do estado de exceção, quando predomina do poder executivo. A crise na Europa é definida pelo estado de exceção permanente. Então, a

lógica da aparente lei é transparente, porque o poder executivo cresceu tanto e com isso aumentou também a influência dos *Lobs.* Em si é legal e legitimo, mas o poder dos *Lobs* aumentou sobre os ministérios e os aparelhos governamentais.

Uma diretiva sobre gases de escape, sobre emissões máximas de CO2, que já tinha sido definida, foi deixada de lado pela chanceler alemã por causa da BMW e de uma outra empresa fabricante de automóveis. Não podiam aceitar essa norma tão rapidamente, então, esse mecanismo de poder é um problema para a legitimidade democrática, não apenas da Alemanha, mas também da Europa. Se um país tem o poder de empurrar todos os outros países que decidiram diferentemente, então isso é muito grave. 80% das leis que são feitas na Alemanha precisam executar as decisões europeias.

Esses parlamentos nacionais têm uma influência cada vez menor. A capacidade de direção e toda a política econômica, toda a capacidade financeira durante os 9 meses anteriores ao novo ano orçamentário o conselho europeu é decidida pelo conselho de ministros. A comissão define o orçamento, as grandes linhas: ou política de austeridade ou endividamento. Durante 9 meses, a comissão celebra contratos com cada Estado membro.

Somente em setembro, os parlamentos nacionais conseguem discutir o seu orçamento nacional. Até então, muitas decisões já foram tomadas. Muitas pessoas ainda não têm consciência, mas se essa retirada da legitimação dos parlamentos nacionais atingir a competência nuclear do direito orçamentário, que é um direito central dos parlamentos, isso será um problema. Até agora, não há tributos europeus. Os Estados nacionais providenciam a arrecadação de tributos e isso faz com que as coisas se tornem mais difíceis, razão pela qual temos um problema real para o futuro mais próximo. Como o federalismo dos Estados membros da União Europeia deve ser conformado, existindo as alternativas, ou uma renacionalização, uma desintegração da União Europeia, no sentido do intergovernamentalismo, quer dizer cada vez mais acordos entre os Estados, e não uma integração democrático-política que resulte em uma política fiscal de dívidas.

Estamos diante dessas duas alternativas e isso é muito importante para as negociações de coalizão que Alemanha está enfrentando, entre a democracia cristã e a social democracia, pois não há dúvida de que a Alemanha, entrementes o país mais poderoso na União Europeia, recebeu muito mais poder do que queria e deveria haver

recebido. Isso aconteceu por causa da força de economia alemã. Existe, portanto, um risco para a desintegração da Europa.

Precisamos encontrar caminhos para dimensionar a estabilidade na União Europeia, de tal forma que a Alemanha também continue estável. A economia alemã está interessada na preservação do Euro como moeda comum, pois é uma economia exportadora e o Euro facilita tudo, porque não temos taxa de câmbio. Então, essa é a chance, a força de chegar a uma formação integrada de opiniões.

Essa força existe e o risco de desnacionalização e renacionalização não é mais tão forte. Mas, até agora, não dispomos de receitas efetivas de representações mentais. Existem algumas propostas, mas não temos propostas claras para uma sociedade democrática parlamentar, como uma vontade de forma democrática parlamentar. Isso é complicado, mas a estabilidade política alemã depende da legislação democrática da União Europeia.

É necessário, e com isso eu chegamos à última breve reflexão, que os atores tradicionais políticos nos Estados membros da União Europeia estejam na Alemanha. O poder judiciário, o executivo e o legislativo, em suas instituições e procedimentos, devem ser complementados por atores e processos que possam ocorrer transnacionalmente e além das limitações dos períodos de legislação. É preciso criar condições para legitimidade política. Nós necessitamos de critérios, mas eles sempre são limitados a períodos de legislação e a interesses nacionais.

Há dois atores transnacionais, e com isso chegamos a novas reflexões sobre como instituir uma *gute Gesamt*, uma governança global. Neste texto, saímos da estabilidade alemã e fomos para a estabilidade europeia para chegar à governança. Governança, em composição com o governo, significa que devemos incluir ao menos dois grandes atores.

Primeiro, as grandes empresas, que não estão democraticamente legitimadas e em um primeiro momento só estão interessadas no seu lucro, mas que têm um grande poder, pois atuam de forma transfronteiriça e influenciam fortemente as possibilidades de vida dos indivíduos. Devem, por isso, assumir mais responsabilidade, para que também no Bangladesh, na China e na Índia haja democracia. Kofi Annan, ex-secretário geral das Nações Unidas, o pai da iniciativa *Global Compact*, menciona esses critérios.

Segundo, precisamos da sociedade civil organizada. Por exemplo, o *Greenpeace* Anistia Internacional, a Oksan, e outros. Para que além dos períodos de

legislaturas e além das medidas internacionais haja legitimidade política, existe uma grande responsabilidade das ONGs para democratização e para o controle do governo, a partir da sociedade civil.

Na Alemanha, se é perguntado de onde vêm as novas ideias, é possível responder que não vêm dos partidos estabelecidos, mas de organizações não governamentais que se ocupam dessa questões. Assim, há uma cooperação antagonista necessária. A política, as empresas e a sociedade civil organizada precisam cooperar para levar tudo para frente.

Cooperação antagonista é logicamente uma contribuição, porque o antagonismo é uma oposição que não pode ser dissolvida. É justamente nesse paradoxo que ainda estamos. Precisamos dos conflitos, precisamos colocar os nossos interesses na mesa, não podemos misturar tudo. Precisamos pensar numa alternativa realista, no lugar de revoluções mundiais. Na linguagem da ciência política, necessitamos de legitimações por meio de eleições de legitimações que optem por bom efeitos, para assim produzir a confiança da sociedade na política transfronteiriça.

Dessa forma, chegamos a John Locke, um dos clássicos da política democrática. Diferente de Thomas Hobbes – ambos são pensadores do Século XVI – não pensava que os homens são os lobos. Achava que os seres humanos podem cooperar, necessitam de um Estado, de leis, mas podem cooperar. Podem, ou melhor, devem ater-se a mecanismos de controle. Por isso, é importante a atividade democrática transnacional não só na Alemanha e na Europa, mas em qualquer lugar do mundo, porque a Europa não deve isolar-se.

Os direitos fundamentais: dimensão do regime jurídico e incidência na Constituição

Ingo Wolfang Sarlet

Doutor em Direito pela Ludwig Maximillians Universität München. É Coordenador do Programa de pós-graduação em Direito. Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Coordenador do GEDF (Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais - CNPq). Realizou estudos de pós-doutorado na Universidade de Munique. É, também, Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Atua especialmente nas áreas de Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais, tendo como principal linha de pesquisa a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais no direito público e privado, com ênfase em direitos sociais, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na sociedade tecnológica.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade mostrar alguns aspectos que envolvem a trajetória dos direitos e garantias fundamentais nos 25 anos da nossa Constituição, especialmente também, porque continua sendo um tema muito amplo e essencial. Como é sabido, a nossa Constituinte foi uma das constituintes que resultou em um dos catálogos mais generosos de direitos e garantias fundamentais do Direito Constitucional contemporâneo. Evidentemente, não foi um caso isolado, mas seguramente a nossa Constituição, em conformidade já com estatísticas, é umas das que tem catálogo mais extenso de direitos de todas as Constituições até agora em vigor. O texto discute ainda o fato de que sempre houve críticas em relação a essa quantidade de direitos e garantias da Constituição, como também, sempre se falou

em uma certa banalização do discurso dos direitos e, assim como, em uma grande distância entre o direito no texto constitucional e os direitos quanto a sua efetividade.

Em primeiro lugar, saúdo meus amigos, Lenio e Paulo e, ademais, agradeço em especial ao Institututo Brasiliense de Direito Público (IDP) pela gentileza do convite para este evento que já é um clássico do Direito Constitucional brasileiro em Brasília. Aproveito também para saudar o ministro Gilmar Mendes, como também, o subprocurador da república Paulo, os professores Julia e Jairo, e, evidentemente, toda a equipe IDP que leciona e organiza este evento. Por fim, cumprimento todos os professores que participaram e participam deste congresso, e os demais amigos que estão presentes prestigiando.

Minha proposta inicial é me cingir alguns aspectos que envolvem a trajetória dos direitos e garantias fundamentais nesses 25 anos da nossa Constituição, especialmente também, porque continua sendo um tema muito amplo e essencial. A nossa Constituinte, como todos sabem, foi uma das constituintes que resultou em um dos catálogos mais generosos de direitos e garantias fundamentais do Direito Constitucional contemporâneo. Evidentemente, não foi um caso isolado, mas seguramente a nossa Constituição, em conformidade já com estatísticas, é umas das que tem catálogo mais extenso de direitos de todas as Constituições até agora em vigor. Para algumas pessoas sempre suou negativamente esse dado, sempre houve críticas em relação a essa quantidade de direitos e garantias da Constituição, como também, sempre se falou em uma certa banalização do discurso dos direitos e, assim como, em uma grande distância entre o direito no texto constitucional e os direitos quanto a sua efetividade.

Esse catálogo não só permaneceu intacto quanto a sua extensão, mas foi inclusive objeto de uma ampliação ao longo desses 25 anos de Constituição. A ampliação não foi apenas em virtude da inserção de alguns poucos artigos expressos no texto constitucional, mas também uma ampliação por conta da inserção, ainda que tímida, dos documentos internacionais de produção dos direitos humanos no cenário brasileiro e, também, de direitos desenvolvidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) devido a uma noção de direitos fundamentais implícitos ao sistema constitucional.

A quantidade de direitos não é por si só um problema, até porque seria ingênuo nós imaginarmos que os catálogos de outras constituições sejam tão enxutos, como

realmente são no texto. Se pegarmos algumas constituições europeias que evidentemente são mais antigas, poderemos perceber que são constituições da primeira leva constitucional do pós-Segunda Guerra Mundial. É notório que esses catálogos de direitos só poderiam mesmo ser mais enxutos e reduzidos do que as constituições do final dos anos 80 e especialmente 90, por várias razões. Primeiro, porque essas constituições, em um cenário pós-guerra europeu dividido já por uma polarização entre União Soviética e um bloco de influências na União Soviética, já teriam de resultar em uma formatação mais peculiar desses catálogos de partida. Segundo, porque nessas constituições a primeira leva do pós-Segunda Guerra Mundial não havia sistema internacional de Direitos Humanos. A declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) era embrionária e sequer é vinculativa hoje, pelo menos se fala em uma espécie de princípios gerais do direito internacional, mas, na verdade, aquela quadra era mais uma programação política em 1948, posterior a várias constituições.

Contemporâneos foram os primeiros pactos internacionais de caráter universal que realmente intensificaram a declaração, por terem introduzido um conjunto bastante significativo de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais do texto constitucional, e só entraram realmente em vigor muito depois quando foram ratificados pelo número mínimo de estados. Na Europa, evidentemente, temos um movimento um pouco mais precoce, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que se iniciou nos anos 50, mas também, levou algum tempo para realmente se expandir e chegar ao número de estados, que estão submentidos à sua vigência.

Foi esse conjunto de fatores, entre outros, que levaram gradativamente outras constituições mais recentes a incluírem esses documentos nacionais, às vezes, até mesmo sem ratificá-los nos seus catálogos de direito. Foi o caso brasileiro, a Constituição Brasileira de 1988 contemplou a maioria dos direitos que constam nos pactos internacionais muito antes de terem sido ratificados. Esses pactos foram ratificados nos anos 90 e a nossa Constituição já contemplava no texto originário esses direitos, já em sintonia com esse sistema internacional de produção de direitos humanos, que era muito mais largo do que os catálogos constitucionais da primeira leva constitucional.

Então, o nosso constituinte, de certa forma, foi já receptivo a esse movimento internacional no seu texto originário, isso já explica em grande parte essa amplitude. O nosso constituinte é amplamente compromissado. Se a Constituição Brasileira se

inscreve no ciclo das constituições, e, eminentemente compromissárias, e que antes resolveram uma tentativa de síntese, absolver realmente as principais demandas dos diversos setores das reivindicações, tanto dos direitos trabalhistas, quanto dos direitos sociais básicos, civis e políticos, com todo o conjunto de garantias matéria penal e civil, que já começava frutificar naquela época.

A amplitude dos direitos não se revelou no caso brasileiro, em outros casos também, definitivamente, houve sinal negativo. Discute-se vários, esses direitos são mais ou menos efetivos, pode-se discutir inclusive os lugares onde há poucos direitos, em outras palavras, está claro, que não só a amplitude, os catálogos, os direitos fundamentais, são os responsáveis por maior, ou menor *deficit*, na verdade, pode ser em alguns momentos, mas isso não é uma correlação necessária. A amplitude me parece ser saudável e só continuou sendo ampliada e de modo responsável, porque o próprio STF avançou em razão dos direitos que foram reconhecidos, e foi encontrado uma ampla ressonância na sociedade, e também, na academia, no corpo jurídico. A ressocialização, o direito ao nome, o domínio existencial, da União Homoafetiva, embora existam alguns conflitos entorno da levidal legitimidade, mas quanto ao mérito de fato não se discutiu seriamente o resultado final da decisão do STF, ou seja, na verdade, esse conjunto que foi agregado à Constituição expressa o direito à moradia, o direito à alimentação, razoabilização do processo, são todos os direitos, sigilo, fiscal e bancário, que encontraram larga ressonância na consciência jurídica nacional e dialogam com as tendências do direito comparado.

Portanto, no caso brasileiro, quantidade foi e tem sido mérito do nosso constituinte originário, isso se fortificou apenas ao longo dos últimos 25 anos, e nenhuma reforma constitucional até agora, pelo menos, substancialmente, não foi feito alterações do capital de direitos e das garantias fundamentais, pelo contrário, preservou-o, tanto que esse núcleo da nossa constituição, tanto os princípios fundamentais como os direitos e as garantias fundamentais, segue sendo visivelmente considerado pela esfera política e judiciária, além disso, tem sido preservada sem maior esforço, porque isso já se incorporou na nossa tradição constitucional, sendo aspecto positivo.

É óbvio, que não é só mérito do texto constitucional, como em todas as constituições, o constituinte concebe o primeiro passo, um passo essencial, mas é sempre o primeiro passo. A evolução constitucional posterior se realiza por meio de uma série de processos, o desenvolvimento legislativo, mas especialmente o

desenvolvimento jurisprudencial. Com relação aos direitos fundamentais, me parece que tem sido decisivo que aquilo que realmente importa para própria qualificação dos direitos como fundamentais é regime jurídico, que, por sua vez, qualifica essa fundamentalidade. Evidentemente, esse regime jurídico teve os seus contornos centrais delineados pelo constituinte.

Todos sabem que o projeto Afonso Arinos foi desqualificado por muitos no sentido não elogioso, sendo chamado de projeto elitista. Na verdade, o projeto Afonso Arinos, para quem teve o prazer de lê-lo, era mais analítico em vários aspectos do que o texto constitucional, que foi elaborado pela constituinte, inclusive mais generoso e mais progressista do que o próprio texto constitucional de 1988. Em matéria de direitos fundamentais e de regime jurídico dos direitos fundamentais, no artigo 10 do anteprojeto da comissão dos notáveis, já estava consagrada a eficácia direta dos direitos e garantias constitucionais, em sua plenitude, sem exceção. As decisões do Supremo Tribunal Federal, na medida em que interpreta e efetiva esses direitos, pode-se resultar em provimentos de caráter normativo geral. A omissão legislativa e administrativa permitiria, expressamente estava dito isso no projeto Afonso Arinos, que o juiz, no caso concreto, garantisse a fruição do direito mesmo à revelia da opção legislativa, em outras palavras, o projeto Afonso Arinos apostou de forma muito mais minuciosa em regime de plena efetividade, ou pelo menos de um potencial efetivo e atribuiu expressamente ao poder judiciário.

Essa posição privilegiada em assegurar efetividade plena, e, portanto, o regime realmente rigoroso e forte dos direitos e garantias fundamentais em toda a sua extensão, o constituinte, de certa forma, foi mais tímido em parte. Obviamente, ele reconheceu a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais, mas ficou nisso. Evidentemente, depois com a previsão do mandato de injunção e de um outro conjunto de ações constitucionais que levaram algum tempo para serem assimiladas e reguladas, tanto pelo legislador, e desenvolvidas pelo STF na sua jurisprudência, também apontavam no mesmo sentido, mas não da forma sistemática e previamente regrada como foi no anteprojeto Afonso Arinos. É importante frisar também que no aspecto de retrospectiva da evolução desses 25 anos, o STF, o legislador e a nossa doutrina muito trabalharam para realmente retomar essas diretrizes do projeto Afonso Arinos. E partir das outras pistas textuais do nosso constituinte de 1988, de certa forma, voltar no tempo e garantir essa mesma efetividade, ainda de uma forma exatamente igual que o Projeto Afonso Arinos previa.

Visivelmente, isso não aconteceu só por uma jurisprudência que realmente aceitou, porque não precisaria aceitar, bastaria o STF, de forma majoritária, dizer que a aplicação imediata dos direitos fundamentais não é horizontal, não se aplica todos os direitos fundamentais. Nós sabemos que no direito comparado, a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais incluindo direitos sociais não é a regra, na verdade foi uma opção que do constituinte, mas foi mais ainda uma opção que se formou na jurisprudência brasileira que majoritariamente chancelou essa noção e realmente reconheceu pelo menos como regra.

É indiscutível, há matizações de que todas as normas, direitos e garantias fundamentais de fato merecem serem aplicadas imediatamente, ainda que se possa discutir sobre o que em cada caso significa, afinal foi papel primordial também da nossa jurisprudência constitucional, e votos importantes dos nosso juízes do Supremo Tribunal Federal em vários aspectos, inclusive em matéria de direitos sociais. O mandato de injunção foi também um instrumento que precisamente mostrou que embora o artigo 5º não tenha sido igual ao artigo 10 da Comissão Afonso Arinos, o desejo expresso constituinte era de que a omissão legislativa não pudesse ser o impeditivo absoluto para fruição imediata de aspectos centrais das normas dos direitos e das garantias fundamentais. Ademais, é equivocado afirmar que o STF tenha de algum modo, durante quase 20 anos, decretado o adormecimento pleno do mandato de injunção como instrumento de efetivar os direitos fundamentais, pelo contrário, o mandato mostra como o Supremo Tribunal Federal não extinguiu o mandado de injunção, porque havia setores da doutrina, de 1989 a 1991, que diziam que o mandato de injunção é norma não autoaplicável.

Se o mandado de injunção foi projetado justamente para viabilizar jurisprudencial supletiva da omissão legislativa, não tem o porquê, e não tem como, não é coerente, dizer que lhe foi reconhecido norma autoenclave e fazer depender de regulamentação legal. O Supremo poderia com esse fato ter extinguido o mandado de injunção, se assim o realmente quisesse, mas preferiu não, foi consciente. Além disso, é normal também em qualquer lugar do mundo que em uma primeira fase a Constituição, que está em vigor nos primeiros anos, haja uma maior contenção e maior respeito em relação ao congresso, para que proporcione até a oportunidade a ele de poder ter um tempo mínimo necessário de reflexão, afinal de contas, não pode fazer fabricação em massa de leis. Uma lei que demanda reflexão, discussão, debate público, é evidente que era natural, em relação às comissão legislativas, houvesse em

uma primeira fase maior contenção do STF. De fato, depois o Supremo ficou mais tímido em parte, porque grande parte das omissões eram muito mais parciais do que integrais, especialmente em matéria de direitos e garantias fundamentais. Temos regimes jurídicos de direitos fundamentais e essa aplicabilidade imediata da forma que foi mantida, estendida e construída ao longo do tempo pela doutrina jurisprudência, me parece que fez jus realmente ao projeto constituinte original e realmente alavancou muito os direitos fundamentais em seu papel, não apenas meramente simbólico no direito constitucional brasileiro.

Com relação à mudança constitucional, especialmente a discussão se todos os direitos e garantias fundamentais são ou não são cláusulas pétreas. Posso afirmar que das três teorias que eu reputo como teorias básicas, são dividias em várias subteorias, várias correntes. Temos agora três correntes, uma teoria minimalista praticamente superada na atualidade, que pretendeu limitar as cláusulas pétreas em matéria de direitos fundamentais aos incisos do artigo 40, parágrafo 4º da Constituição, especialmente o voto, e depois os direitos e garantias individuais, fazendo uma leitura restritiva. Essa posição minimalista, embora ainda existam representantes da doutrina, está amplamente superada hoje, nem o STF a seguiu nunca, desde o início da sua jurisdicratura.

Ao meu ver, se todos os direitos e garantias fundamentais são direitos fundamentais devem ser cláusulas pétreas, seja direitos implícitos ou expressamente positivados. Essa teoria na doutrina já começa a ter mais dissidência, mas o STF embora não tenha nenhuma posição que se possa chamar de conclusiva a respeito, não é uma posição fechada e conclusiva. Na verdade, o STF tendencialmente tem aderido a essa teoria e, além disso, não tem nenhuma outra decisão negando a condição de cláusula pétrea algum direito fundamental, existem votos, é verdade, em decisões isoladas apontando que talvez seja o caso de pensar melhor se realmente todos são, mas os exemplos que temos hoje na jurisprudência do STF apontam realmente numa ampliação do circuito das cláusulas pétreas, tanto que o Ministro Gilmar Mendes e o Paulo chegam inclusive a reconhecer que os direitos introduzidos por emenda constitucional, poder constituinte, portanto, reformador, pode eventualmente não ser cláusulas pétreas como regra, até mesmo esses se corresponderem a direitos que já podem ser deduzidos implicitamente no texto constitucional originário, sendo também, cláusulas pétreas. O que na verdade acontece com os direitos que já foram introduzidos, direito à alimentação, direito à

moradia e razoável duração do processo. Não há dúvida nenhuma que pode ser conduzido ao texto constitucional originário tanto que já havia farta doutrina e até jurisprudência reconhecendo isso antes.

Um ponto é reconhecer que direitos fundamentais são cláusulas pétreas, outro ponto é afirmar que cláusula pétrea garante proteção absoluta e que qualquer direito fundamental é passível de alguma limitação ou restrição. É evidente que no campo das restrições, uma emenda constitucional pode evidentemente alterar algum aspecto, desde que não afete o núcleo essencial dos direitos fundamentais, isso também é jurisprudência tranquila do STF absolutamente afinada com o texto do artigo 60, parágrafo 4º sem, ao mesmo tempo, deixar esvaziar ou permitir que se esvazie essa amplitude de regime jurídico dos direitos fundamentais. É notável que o Brasil tem sido cada vez mais estudado, visitado. Conhecemos tantas pessoas que vêm ao Brasil de vários países, acompanhando esse processo e dialogando também com a jurisprudência e a doutrina brasileira.

A experiência constitucional em Portugal e no Brasil: diálogos e particularidades

Jorge Miranda

Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde continua a ministrar aulas nos cursos de mestrado e de doutorado. Além disso, é professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e desenvolve investigação nas áreas do Direito Constitucional, da Ciência Política e do Direito Internacional. Ademais, é professor honorário da Universidade do Ceará e recebeu o título de Doutor *Honoris Causa* de várias instituições como a Universidade do Porto, a Universidade de Lovaina, a Universidade de Vale do Rio dos Sinos e a Universidade de Pau. Foi condecorado com várias distinções entre as quais a Grã-Cruz da Ordem do Infante D. Henrique e a Grã-Cruz da Ordem da Liberdade. Entre as inúmeras obras que publicou são de destacar o *Manual de Direito Constitucional*, a *Teoria do Estado e da Constituição* e o *Curso de Direito Internacional Público.* Publicou ainda vários artigos de grande relevância científica e impacto público em Espanha, no Brasil, em Itália e em França.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo mostrar a experiência constitucional tanto em Portugal quanto no Brasil, para isso, o texto é dividido em três momentos. O primeiro com o entrelaçamento entre a experiência constitucional brasileira e a portuguesa, no modo como se formaram as duas atuais Constituições, a portuguesa em 1976 e a brasileira em 1988. Em seguida, é apresentado algumas características gerais da Constituição portuguesa, particularmente alguns aspectos novos que ela

apresentou e também algumas influências que ela trouxe para Constituição brasileira. Ao final, é mostrado notas de reflexão acerca dos 25 anos da Constituição.

Tratarei primeiro do entrelaçamento entre a experiência constitucional brasileira e a portuguesa, no modo como se formaram as duas atuais Constituições, a portuguesa em 1976 e a brasileira em 1988. Em seguida, irei apresentar algumas características gerais da Constituição portuguesa, particularmente alguns aspectos novos que ela apresentou e também algumas influências que ela trouxe para Constituição brasileira. Ao final, trarei uma surpresa que ficará para a consideração de todos os juristas e brasileiros.

Antes de mais nada, darei duas notas de minha vida pessoal. Primeiramente, relatarei como eu comecei a interessar-me pelo direito constitucional. Quando eu tinha quatorze ou quinze anos, descobri a Declaração de Direitos de Virgínia e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Descobri e fiquei admirado, pois eu vivia em uma ditadura, a Ditadura de Salazar, na qual não havia fatos políticos e sim censura e polícia política, um contexto em que ninguém podia conversar livremente, tínhamos sempre que falar baixinho para não sermos incomodados. Quando descobri a Declaração de Direitos de Virginia de 1976 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 fiquei espantado, admirado. Atrevi-me, inclusive, com o meu francês e inglês ainda muito primários, a traduzi-las. Foi então que comecei a interessar-me pelo direito constitucional e a compreender que ele repousa nos direitos fundamentais.

Em Portugal havia uma Constituição, mas não vigorava. A Constituição de 1933, a de Salazar, garantia a inviolabilidade do domicílio, dizia que nenhum oficial pode entrar na casa do cidadão sem a sua autorização, a não ser em flagrante delito. No entanto, havia uma lei chamada Lei da Radiodifusão que prescrevia que todo o cidadão que tivesse um rádio tinha que pagar uma licença e tinha que ter a licença com o respectivo recibo sobre o aparelho do rádio na casa e os fiscais do Estado tinham o direito de entrar na casa do cidadão para verificar se a licença estava paga. Até que, em 1972, uma senhora jurista não permitiu, disse que tinha o direito constitucional e foi buscar a Constituição. Essa senhora foi acusada de crime de desobediência e foi julgada, mas finalmente houve um juiz que disse que a lei era

inconstitucional, que violava o princípio constitucional de inviolabilidade da casa. Vemos como eram aqueles tempos.

Depois houve a Revolução de 1974, ponto em que começa a diferença em relação ao Brasil. É que a Constituição portuguesa e o poder constituinte em Portugal têm que ser compreendidos a partir de uma revolução. No caso do Brasil, não houve revolução, mas o que tenho chamado de transição constitucional. Em Portugal, em 25 de abril de 1974, pela força das armas, a Constituição de 1933 e todo o regime caíram, os órgãos do poder desapareceram, houve ainda um espetáculo da rendição do presidente do Conselho de Ministros – a Constituição tinha terminado, o regime era outro. No Brasil não foi assim, no Brasil houve Ditadura Militar por 21 anos e, a partir de certa altura, houve uma tentativa da abertura política, com a campanha “Diretas Já”. Depois tivemos a revolução, mas a revolução mesmo, portanto, uma ruptura completa com a ordem jurídica anterior, não houve no Brasil.

Em 1985, o candidato da oposição, Tancredo Neves, ganha a eleição no colégio eleitoral. Nesse momento, os militares, que detinham o poder, tiveram uma escolha: ou aceitavam o resultado da eleição ou faziam um novo golpe, como tinha acontecido na Birmânia alguns anos antes, mas eles aceitaram a eleição de Tancredo Neves e o Regime Militar acabou. Tancredo Neves, por circunstâncias da vida terríveis, não chegou a tomar posse, foi Sarney quem tomou posse e encaminhou ao Congresso a proposta de uma Constituinte. Mas, na realidade, o Congresso não exerceu o poder constituinte, o poder constituinte na realidade foi exercido originariamente no momento em que foi aceita a eleição de Tancredo Neves. A contradição é um poder constituído ter conferido poder constituinte a um novo Congresso a eleger, uma vez que o poder constituído é que deveria estar subordinado ao poder constituinte, visto que o poder constituinte é que é o poder originário, conforme a doutrina que vigora desde o Século XVIII e que é geralmente aceita. Além disso, no Brasil houve também a particularidade de o Congresso eleito vir a ser simultaneamente Congresso constituinte e Congresso ordinário, ao contrário do que aconteceu em Portugal.

O que chamo de transição constitucional não foi uma novidade brasileira, tinha acontecido alguns anos antes na Espanha, em que, após a ditadura do General Franco, a qual durou 40 anos, o Príncipe João Carlos percebeu que não era mais possível continuar uma ditadura, e então, através de sucessivas reformas votadas pelas cortes franquistas, abriu-se o caminho para as eleições de uma Assembleia Constituinte. Também no Chile, quando Pinochet aceitou a derrota no referendo

acerca de sua continuação como Presidente da República, houve uma transição constitucional. Da mesma forma na Polônia, em 1989, quando o regime comunista aceitou a vitória dos candidatos do Solidariedade nas eleições, e na África do Sul, em 1991 ou 1992, quando o Regime Apartheid aceitou negociar com Nelson Mandela. E também nos antigos territórios portugueses da África, no Cabo Verde, em São Tomé e Príncipe, em Angola, em Moçambique e de certo modo na Guiné, quando regimes de partido único se abriram e admitiram pluralismo. Hoje, pelo menos no Cabo Verde e em São Tomé e Príncipe, funcionam instituições democráticas impecáveis, com alguma corrupção. Angola e Moçambique também têm instituições democráticas.

Quando há passagem de uma Constituição para outra através não de uma ruptura, mas sim através de um processo complexo, muitas vezes negociado, muitas vezes prologado no tempo, mas que acaba por gerar uma nova Constituição, há em primeiro lugar uma Constituição material, aceita numa norma de direito que é a ideia de democracia e de liberdade, até que se chega à Constituição formal, que é obra da Assembleia Constituinte, ou seja, a formalização em texto dos grandes princípios que foram aceitos e adotados no momento da mudança de regime.

Mas como foi feita a Constituição em Portugal? Foi um processo complicado, porque em Portugal nós tivemos a Revolução em 25 de abril de 1974, mas logo a seguir desencadeou-se uma luta terrível pelo poder entre várias ações das Forças Armadas, com interferência dos partidos políticos. O partido comunista português tentou conquistar o poder, tentou aproveitar a fraqueza dos Estados Unidos por causa da derrota no Vietnã e do *Watergate* e, aproveitando também a fraqueza dos outros partidos, tentou implantar em Portugal um regime que seria não um castrismo à portuguesa, mas um regime tipo soviético, no gênero do regime de Getúlio Vargas ou da Polônia. O Secretário-Geral do partido comunista português era nitidamente um discípulo de Lênin e de Stálin, e ainda hoje o partido comunista português é o único partido comunista europeu puramente stalinista.

Assim, travou-se durante um ano e meio uma luta terrível pelo poder, com vários golpes e contragolpes. Em um primeiro momento, o Presidente da República, o General Spínola, um homem de direita que se tinha convertido à democracia, tentou travar a agitação que tinha desencadeado, tentou travar a marcha do partido comunista, de forma a abrir caminho para uma situação provisória com eleição imediata de um Presidente da República que tivesse um poder próprio e pusesse na ordem os militares. Deve-se dizer que quem fez a revolução em Portugal em 1974

foram capitães e majores, os corpos intermediários das Forças Armadas, formados por jovens, idealistas, ingênuos e sem preocupação política, que foram facilmente infiltrados pelos partidos políticos. Spínola tentou reger primeiro em julho de 1974, mas em setembro perdeu e renunciou.

Ocorreu então um avanço cada vez mais para a esquerda, e a revolução, que tinha aparecido como uma revolução democrática, a partir de certa altura começou a dizer-se revolução democrática e socialista. A seguir, houve também uma última tentativa de golpe de estado, de Spínola. Nessa altura deu-se um fenômeno, algo inédito, não conheço nenhum outro exemplo no mundo, os partidos políticos democráticos sentiram-se perante um dilema: ou não havia eleições e os militares governariam, na altura com uma grande força do partido comunista, ou então tinham que aceitar um acordo com os militares que criaram o Conselho da Revolução, um acordo leonino que estabelecia um período de transição de três a cinco anos durante os quais o órgão fundamental seria o tal Conselho da Revolução, uma assembleia militar que elegeria o Presidente da República e que designaria os principais ministros.

É evidente que os militares esquerdistas ou comunistas estavam todos de reserva mental, fariam as eleições para depois, tal como Lênin fez na Rússia, dissolver a Constituinte. Os partidos democráticos preferiram fazer as eleições porque com elas gerar-se-ia uma legitimidade democrática, a qual acabaria por prevalecer. Foi uma aposta, e quem ganhou essa aposta foram os partidos democráticos. As eleições tiveram uma participação maciça de 92% dos cidadãos e eleitores. Foi comovente para mim ver, às seis e meia da manhã, filas enormes de eleitores dirigindo-se para as assembleias de voto.

Os resultados das eleições representaram uma enorme derrota para o partido comunista, o qual teve apenas 12,5% dos votos, enquanto os socialistas tiveram 4,5% e os partidos democráticos tiveram o restante. Cerca de duzentos e vinte deputados da Assembleia Constituinte eram favoráveis a uma democracia representativa de tipo ocidental, uma democracia pluralista, com um Estado de direito, mas as forças esquerdistas e comunistas não desistiram. Abriu-se então em Portugal o Verão Quente de 1975, com reuniões sucessivas, golpes e contragolpes, tentativas de golpes, negociações, pressões, etc.

Eu fui deputado da Assembleia Constituinte. Começaram-se os trabalhos em 2 de junho de 1975. Muitas vezes eu saía da Assembleia Constituinte sem ter a certeza de no dia seguinte chegar lá e a Assembleia estar encerrada. Em novembro, houve

uma reunião na Assembleia em que uma grande manifestação de trabalhadores da construção civil cercou a Assembleia, sequestrou os deputados e durante 24 horas não pudemos sair, não recebíamos comida, apenas podíamos beber a água dos lavatórios. Algumas pessoas sofreram muito. Um deputado idoso teve que ser retirado por uma ambulância. Entretanto, felizmente, nas Forças Armadas ainda havia militares democratas, e então, quando em 25 de novembro de 1975 forças de extrema-esquerda tentaram um golpe, os militares democratas, que já estavam preparados, deram a resposta e venceram.

Apenas a partir de 25 de novembro a norma foi plenamente restabelecida e nós pudemos nos aliviar do risco de guerra civil, porque em novembro de 1975 tivemos mesmo quase uma guerra civil. Nesse mês de novembro, após o sequestro da Assembleia Constituinte, os deputados dos partidos democráticos saíram de Lisboa e foram para o Norte do país, onde fiz um projeto de decreto pelo qual a Assembleia Constituinte assumia todos os poderes e nomeava um novo Presidente da República. Não houve guerra civil e os trabalhos puderam continuar. Em 2 de abril de 1976, a Constituição finalmente seria aprovada.

Discorrerei agora sobre como foram feitos os trabalhos da Constituinte. No Brasil, houve o projeto dito dos notáveis, mas não houve propriamente um projeto de Constituição, tudo teve que ser feito pelas comissões temáticas e depois pela comissão de sistematização, a qual deu unidade à Constituição. Em Portugal, no meio de toda aquela expansão política terrível que havia, cada partido apresentou o seu projeto de Constituição. Se lermos hoje os projetos de Constituição, poderemos verificar bem quais eram os projetos de sociedade que estavam em vista. São bem claro os contrastes entre os projetos do partido socialista (partido que teve a maioria relativa), do partido popular democrático, do centro democrático social, do partido comunista, do movimento democrático português e da união democrática popular.

Como havia vários projetos, naturalmente foi muito complicado o desenrolar do trabalho. No primeiro momento, houve a feitura de um regimento da Assembleia, do qual eu participei, tentando estabelecer regras muito claras e democráticas. Eu fiz o projeto de regimento, no qual havia uma norma extremamente importante: a Assembleia era apenas Constituinte, mas previu-se um período chamado de “antes da ordem do dia”, período de uma hora em que os deputados poderiam falar sobre quaisquer assuntos da vida política do país – o partido comunista não aceitou, mas não tinha a maioria, e, portanto, essa norma foi aprovada. Esse período de fala foi

extremamente importante, porque, através dele, a Assembleia Constituinte também, por seu turno, interferiu no processo político.

O processo político militar estava em curso e esse regimento previu um plano de elaboração da Constituição, que compreendia as fases do processo: em primeiro lugar, estabelecer a sistematização da Constituição; depois, criar comissões temáticas pelos grandes títulos e capítulos da Constituição, as quais elaborariam projetos que seriam submetidos à votação no plenário; e, finalmente, havia uma outra comissão, a comissão de redação final, que iria tentar reunir esses projetos (um pouco como no Brasil funcionou a comissão de sistematização) e dar unidade a todas as normas aprovadas. Eu fiz parte tanto da comissão de sistematização quanto da comissão de redação.

Na comissão de sistematização, o grande contraste que novamente surgiu foi com o partido comunista, porque nós queríamos colocar em primeiro lugar na Constituição os direitos fundamentais, tal como todas as constituições portuguesas anteriores, a Constituição Italiana, a Constituição Alemã e as constituições democráticas em geral. O partido comunista, pelo contrário, fiel à ortodoxia, entendia que a constituição econômica deveria ficar em primeiro lugar, visto que a economia determina o direito, que os direitos fundamentais sem condições econômicas de nada servem. Portanto, houve aí um contraste grande, mas nós também vencemos.

Ainda a respeito da primeira parte houve outro contraste. Naturalmente, nós partimos do princípio de que direitos fundamentais não eram apenas os direitos de liberdade, os direitos políticos, mas também os direitos sociais. Portanto, consideramos que esses direitos deveriam estar na Constituição. No entanto, o partido comunista também queria pôr primeiro os direitos econômicos, sociais e culturais e depois os direitos de liberdade, no que também foram vencidos, uma vez que ficaram em primeiro lugar os direitos de liberdade de garantias e só depois os direitos sociais. Não é por acaso que igualmente a Constituição portuguesa, seguindo a Constituição alemã, começa o Artigo 1º por dizer que Portugal é uma republica soberana baseada na dignidade da pessoa humana. Alguns deputados socialistas, influenciados pelo marxismo, implantaram uma dúvida sobre o que seria a dignidade do humano, pois seria um conceito abstrato. Entretanto, a pessoa humana tem um conteúdo valorativo, só é possível compreender os direitos fundamentais a partir da ideia de pessoa – a pessoa que é o sujeito do poder e não sujeita ao poder.

A comissão de sistematização definiu os títulos e depois criou várias comissões que elaboram os seus textos, os quais foram discutidos e votados. Por fim, a comissão de redação, que não foi apenas comissão de redação, mas também uma comissão que alterou em muitos aspectos normas que tinham sido já aprovadas (naturalmente sujeitas depois à votação final), trabalhou no sentido de dar mais unidade à Constituição e reforçar o seu caráter democrático. Dessa maneira, em dez meses (menos tempo que no Brasil), no meio dessas convulsões todas, nós conseguimos aprovar a nossa Constituição.

A Constituição Portuguesa teve naturalmente como fonte principal a experiência constitucional anterior e em larga medida uma reação contra os dois regimes políticos anteriores: o da Primeira República, de 1911, que tinha estabelecido um parlamentarismo das assembleias com enorme instabilidade ministerial – sete Presidentes da República em 15 anos e 40 governos em 15 anos –, e o da Constituição de 1933, na qual Salazar concentrava todo o poder no Executivo. Foi então que conjuminamos o chamado sistema de governo semipresidencial, um sistema em que o Presidente da República, eleito por sufrágio universal direto, preside, tem poderes efetivos, poder de veto político, poder e iniciativa do controle da constitucionalidade, poder de declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, verificados certos requisitos, poder para nomeação de altos cargos, mas não governa, não é o Executivo. Portanto, o presidente não é uma mera rainha da Inglaterra, tem poderes efetivos.

Mas o sistema de governo semipresidencial, além de ser uma reação contra a experiência anterior, teve também muita influência da França, embora na França haja uma enorme diferença em relação a Portugal. Na França, uma vez eleito, o Presidente da República é também o chefe do partido, o verdadeiro chefe do Executivo. Na França há um sistema super-presidencial, o presidente da França tem muito mais poderes do que o presidente dos Estados Unidos, ou do que constitucionalmente o presidente do Brasil. Em Portugal, uma vez eleito, o presidente não pode pertencer a nenhum partido, é o presidente de todos os portugueses, assume-se como árbitro da vida política, uma entidade neutra.

Em matéria de direitos fundamentais, a Constituição portuguesa tem muita influência da Constituição alemã e da Constituição italiana. No entanto, há também avanços significativos: a proteção dos cidadãos contra a autorização abusiva dos meios de informática, a consagração do direito ao ambiente, os direitos dos

consumidores, a ideia de que os direitos fundamentais não são apenas aqueles que estão na Constituição e na lei, mas também os que vêm de tratados internacionais, a proibição absoluta da pena de morte (ao passo que no Brasil ainda há uma ressalva), o reforço dos meios de parlamento no plano da organização política, a Constitucionalização dos partidos, o aumento da autonomia municipal, um largo catálogo de cláusulas pétreas e um sistema original de controle de constitucionalidade.

Entre 1820 e 1976, sempre os militares tinham intervindo na vida política portuguesa. Todas as revoluções e contrarrevoluções foram feitas por militares. Até mesmo Salazar teve sempre o cuidado de pôr como presidente da república um general ou um almirante. A partir de 1982, quando o Conselho da Revolução foi extinto, os militares deixaram de ter qualquer papel político. Portanto, desde 1982 há uma subordinação completa do poder militar ao poder civil democrático, o que corresponde a um avanço extremamente importante.

Também no domínio dos direitos sociais houve a criação do serviço nacional de saúde geral, universal e tendencialmente gratuito, umas das maiores realizações da Constituição portuguesa, através do qual nós conseguimos praticamente eliminar a mortalidade infantil e elevar a esperança de vida dos portugueses para 80 anos, para os homens, e 81 anos, para as mulheres. Espero que o Brasil receba alguns médicos portugueses. Também no ensino conferimos o ensino básico e secundário obrigatório por 12 anos e, no ensino superior, temos hoje dez vezes mais alunos do que tínhamos em 1974.

Não obstante, em muitos aspectos ainda há muito a se fazer para concretizar a Constituição. A situação da Europa é dramática atualmente, especialmente nos países da periferia, há crise da qual não se vê saída. Em Portugal, um governo extremamente neoliberal está atacando muitas das conquistas feitas a partir da entrada em vigor da Constituição. Os direitos sociais estão em crise. Felizmente, o Tribunal Constitucional tem estado atento e tem declarado inconstitucional, em fiscalização sucessiva ou em fiscalização preventiva, pronunciantes no sentido da inconstitucionalidade de normas aprovadas pelo parlamento. Esse tribunal está hoje sofrendo a pressão do governo e da atual maioria parlamentar. Há uma espécie de força de bloqueio que impede que Portugal saia da crise.

Dois anos e meio depois da parceria chamada Troika e do chamado Plano de Resgate, temos mais crises, mais desemprego, mais recessão, mais pessimismo na

sociedade, mais emigração e, sobretudo, eu vejo isto nas universidades, há uma profunda crise na juventude, que não acredita no futuro. Infelizmente o que se passa em Portugal é também o que se passa na Grécia, na Espanha, na Itália, em Chipre, e, em menor medida, na Irlanda: uma situação em que as políticas públicas adotadas não têm sabido responder à crise. Houve além disso o erro enorme do euro. O euro é o marco alemão, é uma moeda para um país com uma economia forte, poderosa, exportadora, totalmente industrializada, como a economia alemã, não é uma moeda boa para um país como Portugal, ou a França, ou mesmo a Itália, a Grécia, ou Chipre. Era para haver um euro forte e um euro fraco.

Não é possível ser o euro neste momento, o que provocaria uma catástrofe econômica terrível, mas também, sem uma reforma da política do euro, não é possível resolver o problema. Uma manifestação da hipocrisia europeia são os chamados paraísos fiscais, os *offshores*, os quais existem no interior dos Estados da União Europeia, ou em regiões dependentes dos Estados, por exemplo, a Grã-Bretanha, Gibraltar, as Ilhas Cayman, Guernsey, a Holanda. Por exemplo, Luxemburgo tem uma tributação mais favorável às grandes empresas do que Portugal, o que fez com que as grandes empresas portuguesas deslocassem as suas sedes para a Holanda de forma a pagar menos impostos. Isso é a "solidariedade europeia". Pode-se acreditar numa união europeia quando não se faz uma harmonização tributária?

Agora voltando ao Brasil, a Constituição portuguesa teve alguma influência na Constituição brasileira, não tanta como se diz, porque o Brasil também tem a sua experiência constitucional muito rica, tendo em vista que, antes da ditadura, já tinha tido as constituições de 1946 e de 1934, já abertas ao Estado social. Ainda assim, a Constituição portuguesa teve alguma influência, uma vez que, nas antigas constituições brasileiras os direitos individuais eram sempre tratados ao fim em um único artigo, enquanto, agora, julgo que por influência direta da Constituição portuguesa, a parte primeira da Constituição brasileira trata dos direitos fundamentais, dos direitos individuais. Também há em alguns dos incisos do Artigo 5º e em outras normas uma influência direta da Constituição portuguesa, por exemplo, na matéria do direito ao ambiente.

Curiosamente, algumas emendas constitucionais brasileiras vieram a ter repercussão em Portugal. Nós consagramos pela primeira vez o direito ao ambiente, mas a Constituição brasileira não se limita a isso, ela fala no desenvolvimento sustentável e na solidariedade entre gerações. Por influência da Constituição

brasileira os portugueses, em uma das revisões constitucionais, puseram no Artigo 66 uma norma no mesmo sentido.

Outra influência da Constituição portuguesa sobre a brasileira é a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. A fiscalização da constitucionalidade, concreta e difusa, surgiu em Portugal, em 1911, por influência direta do Ruy Barbosa. Há uma pesquisa feita há alguns anos atrás por professoras da Casa Ruy Barbosa do Rio de Janeiro que mostra a influência direta e imediata que Ruy Barbosa teve na congeminação do Artigo 63 da Constituição portuguesa de 1911, que dá aos tribunais o poder de não aplicar em normas contrárias à Constituição. Essa Constituição de 1911 é a primeira Constituição europeia que formalmente atribui aos tribunais esse poder. Deve-se observar que de 1911 até 1976, com a exceção de muitos poucos casos, como os aqui referidos de 1974 e 1972, a fiscalização funcionou pouco no período da Primeira República, porque toda a agitação e turbulência não o permitia, e, naturalmente, no período da República de Salazar também não.

No Artigo 8º dos direitos fundamentais, os direitos individuais são garantidos nos termos da lei. Os tribunais entendiam que isso era um reenvio para o legislador, uma credencial para o legislador, para conformar como entendesse a lei ordinária. Pelo contrário, nos países com regime liberal sempre se entendeu que quando se falava “nos termos da lei” era em respeito ao conteúdo essencial da Constituição. É a Constituição alemã de 1949 que torna isso perfeitamente claro, ao falar na garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, norma que passaria para a Constituição portuguesa, uma mudança radical.

Há ainda uma particularidade na Constituição portuguesa, também não muito longe da Constituição brasileira, que é a seguinte: se um tribunal, o mais modesto tribunal, um julgado de paz ou um tribunal arbitral, aplica uma norma cuja a constitucionalidade tenha sido impugnada, há recurso também, mas é necessário esgotar as vias de recurso ordinário para evitar que o Tribunal Constitucional seja afogado ou esmagado por recursos de inconstitucionalidade. Qualquer juiz em Portugal é juiz constitucional, mas a última palavra é a do Tribunal Constitucional, o qual decide no caso concreto. Se o Tribunal Constitucional por três vezes julgar inconstitucional uma norma, o Ministério Público pode promover a passagem à fiscalização abstrata, ou seja, pedir ao Tribunal Constitucional que declare a inconstitucionalidade como se fosse obrigatório geral. Há, portanto, um entrosamento interessante entre a fiscalização concreta e a fiscalização abstrata.

É também novidade da Constituição portuguesa a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o que não é uma novidade total, porque na Constituição de 1974 essa figura já estava prevista, mas não foi conhecida quando foi feita a Constituição portuguesa, nós criamos essa figura sem conhecermos o que se dava na Iugoslávia. No Brasil foram muito mais longe do que em Portugal, pois criaram também um mandado de injunção. Outra influência direta da Constituição portuguesa, são as cláusulas pétreas. Em Portugal há uma longa lista das cláusulas pétreas materiais, enquanto no Brasil, no parágrafo 4º do Artigo 60, também aparecem nas cláusulas pétreas os direitos.

Agora há o aspecto de surpresa e de crítica. A Constituição brasileira é muito criticada por ser muito longa, muito detalhista e talvez seja assim de fato em alguns aspectos, mas há um campo em que não é suficientemente detalhista, que é o dos direitos individuais do Artigo 5º. Ao trabalhar com a Constituição brasileira, tenho uma enorme dificuldade em procurar os direitos individuais e julgo que qualquer jurista brasileiro também tem essa dificuldade, bem como qualquer cidadão, naturalmente.

O Artigo 5º é o artigo mais importante para qualquer cidadão brasileiro, é nele que se encontra a declaração dos seus direitos perante o poder, as liberdades, a segurança, a garantia de uma retroatividade eleitoral, os direitos dos acusados em processo penal, os direitos dos presos, etc. De maneira que estive analisando o Artigo 5º e atrevi-me, ao verificar que o Artigo 5º é uma amálgama de normas muito diferentes, a sugerir a proposta de que que o Artigo 5º fosse dividido em artigos 5º, 5º A, 5º B, 5º C, 5º D, etc. Isso é uma mera sugestão, naturalmente, eu não sou brasileiro, não tenho direito de iniciativa, não tenho direito de proposta.

É evidente que não se pode renumerar a Constituição, mas nada impede que em um texto constitucional haja um Artigo 1º A, 1º B ou 10 A, 10 B. Há várias constituições em que sei que isto acontece e creio que isso facilitaria muitíssimo a vida do cidadão brasileiro e do jurista. Artigos diferentes para direitos que são completamente diferentes. Claro está que esses direitos têm a sua unidade, por serem direitos da mesma Constituição, mas só haveria vantagens em distinguir. Além disso, tendo em conta a extensão da Constituição brasileira, seria interessante que se fizesse no Brasil algo parecido com o que se fez em Portugal, que é apresentar uma epígrafe em cada artigo, e depois no índice, de forma que o cidadão que quer procurar determinada matéria na Constituição consiga chegar nela rapidamente através da

epígrafe. É evidente que a epígrafe não tem em si força jurídica vinculativa, mas teria um papel extremamente importante para o conhecimento da Constituição.

Para finalizar, observo que os 25 anos passados foram 25 anos de paz institucional no Brasil, apesar das crises políticas graves, como foi a de Collor, da alternância política depois que PT alcançou o poder, da luta contra a inflação, da globalização, do Brasil como potência emergente, tal como também em Portugal podemos dizer o mesmo em relação aos anos posteriores à nossa Constituição. Em Portugal, entre o final da monarquia e a Primeira República, tivemos liberdade sem paz. Com a ditadura, tivemos paz sem liberdade. Ao final da ditadura, nem paz e nem liberdade. Somente a partir de 1976 é que temos paz e liberdade, os quais são os valores políticos fundamentais e encarnam o que é a essência do Estado democrático de direito – a paz institucional, a paz cívica, o respeito aos direitos, o cumprimento dos deveres e a liberdade, na linha de Roosevelt.

É essa consciência constitucional de paz e de liberdade que pode garantir a sobrevivência da Constituição. A Constituição assenta na consciência jurídica difusa de paz e liberdade, a consciência de que a Constituição não é simplesmente a organização dos poderes do Estado, e sim a carta dos nossos direitos, daqueles direitos que nós temos que defender, que não podem ser esmagados por nenhuma força interna ou externa. Essa é a ideia básica que está por detrás da Constituição e do Estado democrático de direito, aquele Estado em que há uma articulação entre os princípios de direito, de constitucionalidade, de legalidade e de democracia. Alguns dizem que o Estado democrático de direito é um estado contramajoritário, do que discordo: a própria maioria tem que respeitar os direitos das minorias, a maioria não pode ser soberana. Soberano é o povo em seu conjunto, o povo com maioria e minoria, o povo com os seus direitos fundamentais.

Agronegócio brasileiro e cooperativismo: transformações e perspectivas

Katia Abreu

Primeira mulher a chefiar o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e, além disso, a primeira representante do Tocantins a ocupar um ministério. Senadora licenciada pelo estado do Tocantins, presidente licenciada da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil. No Senado, trabalha para difundir projetos sociais importantes, e à frente da CNA, Kátia luta para que a preservação da natureza e a produção rural estejam sempre juntas.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo atentar-se no que concerne ao agronegócio brasileiro e ao cooperativismo. O texto mostra que a Constituição Federal, a nossa constituinte de 1988, foi bastante interessante para os produtores e para o agronegócio, além de ter deixado marcos importantes e bastante claros esperando que o congresso pudesse fazer depois a regulamentação adequada. No que diz respeito ao direito de propriedade, o texto afirma que, a Constituição é clara e deixa as condicionantes, quanto ao aproveitamento produtivo da terra, o respeito ao meio ambiente, à questão social e à função social da terra, esperando que as leis pudessem regulamentar depois todas essas especificidades.

Primeiramente, gostaria de agradecer ao Odacir Klein, deputado e ministro, ao Márcio Freitas, presidente da OCB, ao Caio Luiz Carlos Correa Carvalho, presidente da ABAG. Ademais, gostaria de cumprimentar a todos os participantes deste evento e deixar um abraço especial para o Ministro Gilmar Mendes pelo convite e pela oportunidade de nós estarmos falando sobre o agronegócio brasileiro e o cooperativismo num evento com participantes tão importantes e formadores de opinião como vocês.

A Constituição Federal, a nossa constituinte de 1988, foi bastante interessante para os produtores e para o agronegócio, além de ter deixado marcos importantes e bastante claros esperando que o congresso pudesse fazer depois a regulamentação adequada. No que concerne ao direito de propriedade, a Constituição é clara e deixa as condicionantes, quanto ao aproveitamento produtivo da terra, o respeito ao meio ambiente, à questão social e à função social da terra, esperando que as leis pudessem regulamentar depois todas essas especificidades.

Com relação ao meio ambiente, a questão ambiental era uma atividade exclusiva da União, no que diz respeito a legislar, mas de 1988 para os dias atuais isso foi modificado, agora é de competência concorrente, à União e às leis gerais, e os estados e os municípios fazem o seu detalhamento e exercem a sua competência concorrente. Talvez esse fato tenha sido o ponto mais difícil de enfrentar no Congresso Nacional, quanto ao que se refere ao *status quo.*

As ONGs, o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) e os ambientalistas entenderem que a Constituição estava dando um novo ordenamento, o respeito ao pacto federativo, é República Federativa do Brasil, os estados e municípios tem de legislar sobre as suas peculiaridades. Possivelmente isso foi a maior guerra com as ONGs quando nós quisemos obedecer a Constituição e deixar os licenciamentos ambientais municipais e estaduais e o licenciamento nacional, acostumados que estavam com o Conama, que tem a sua importância e relevância, mas não para legislar. O Conama estava substituindo o Congresso Nacional, no que dizia respeito às regulamentações, e o Congresso ficou alijado desse processo durante anos, especialmente nos últimos dezesseis. Ao longo de vinte anos, o Congresso foi substituído pelo Conama.

Para se ter uma ideia não só o Conama, mas também uma legislação, que veio regulamentar a questão ambiental, fez modificações e desrespeita a Constituição no sentido de que uma lei não pode retroagir para prejudicar. A reserva legal são as margens de rio, as matas ciliares são da maior importância para o produtor rural e para o meio ambiente, no entanto, nós estamos falando apenas do conceito jurídico, apenas da questão constitucional.

A reserva legal é um espaço físico que o próprio nome já diz, uma reserva dentro da fazenda para preservação ambiental sem nenhuma indenização, com ônus próprio e exclusivo do produtor rural, mas em que pese esse detalhe importante estas áreas foram diminuídas e aumentadas ao longo dos anos, fazendo com que os produtores enlouquecessem, e chegamos ao limite de que quase 60% dos pequenos produtores no Brasil estavam inviabilizados por estarem em margens de rios onde cobria toda a área da pequena propriedade com a reserva da mata ciliar, por isso tivemos uma crise por todo o país e teve a reformulação do código florestal brasileiro.

Não existiu nenhum artigo, nenhum inciso desse novo código que permitisse ou estimulasse o desmatamento que já não fosse da lei anterior, apenas fizemos com que a lei pudesse ter retroagido, não pudesse atingir aqueles que cumpriram a lei à

época. Em 1989, por exemplo, foi criada a reserva legal no cerrado, e, como sabemos, na década de 70 e 80 foi o desenvolvimento do cerrado brasileiro com a descoberta e a revolução verde.

Reserva legal não existia quando tudo foi desenvolvido no cerrado, e quando ela foi criada, a lei queria que todos os produtores que já haviam desmatado, no tempo que não tinha esse empecilho, que pudessem recompor, até poderia ser solicitada a recomposição, desde que houvesse uma indenização, porque o direito de propriedade é maior do que todas essas decisões.

Com relação à terra indígena, nós estamos vivendo o pior dos mundos nesse momento, que é o conflito. Um país de dimensão continental de 850 milhões de hectares e nós estamos como pessoas primitivas da idade média guerreando por um pedaço de terra. É notável que nós temos uma vocação agropecuária e, na minha opinião é extraordinário. No mínimo, todos nós, a grande maioria, tem um parente, um grande amigo, uma pessoa próxima que é ligada ao campo, então essa vocação vem do brasileiro, o índio, o branco e o negro são brasileiros, entretanto, isso não tem importância. O problema não está em querer terra, até porque, é um direito de todas as pessoas, assim como o direito de querer casa, saúde e educação, mas o problema está em fugir da lei e da Constituição. O desejo de um não pode invadir o desejo do outro, a realização dos desejos precisa ter um limite.

Todos nós temos uma simpatia especial pelos indígenas do nosso país. Toda uma questão histórica que vem de muitos e muitos anos, mas nós estamos vivendo em cima de um estado de direito, e se as leis foram construídas pelo Congresso Nacional precisam ser respeitadas. E, se houve algum equívoco na lei que primeiro ela possa ser mudada pelo Congresso Nacional para atender os anseios da sociedade. A Constituição foi clara em 1988 ao estabelecer que só pode ser considerada terra indígena aquela efetivamente ocupada por índios no dia cinco de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição. Então, quando a Constituição coloca o verbo no presente, direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, não é ocuparam, nem ocuparão, é que ocupam, é no presente, então tudo o que foge desse presente, que é do dia cinco de outubro de 1988, nós imaginamos que está desobedecendo a Constituição.

Para se ter uma ideia, de 1988 até agora, mesmo com o artigo 231 sobre as áreas indígenas, as áreas novas demarcadas ou áreas ampliadas já após a demarcação foram aumentadas em 25 anos 588%. A Constituição ainda foi bastante

tolerante ao dizer que a partir do dia cinco de outubro, o estado brasileiro teria cinco anos para demarcar todas as áreas, com o objetivo de abrandar todos os conflitos, afinal era inviável demarcar tudo no dia cinco de outubro, mas cinco anos era suficiente para identificar de fato onde eram as áreas que estavam sendo ocupadas naquele momento e serem demarcadas. Entretanto, isso foi totalmente desobedecido e ampliado, e hoje nós temos 13% do território nacional ocupados já com áreas indígenas.

Temos ainda a questão dos quilombolas, o decreto 4887 diz que a regra para determinar é a autodenominação dos remanescentes e a autoindicação das terras. Então, pelas regras da Fundação Palmares se eu me unir a cinco pessoas e nós dissermos que somos quilombolas e que aquela terra é deste quilombo, é definitivo para que seja demarcado. Em que pese documentos de décadas titulados pelo estado brasileiro estão sendo questionados, inclusive no Rio Grande do Sul, que foi um dos primeiros estados do Brasil a ser colonizado pelos europeus. Então, são áreas com muito mais de 100 anos em que estão produzindo grãos e carnes, e agora estão sendo questionados pela Fundação Palmares apenas com uma autorização que vai para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e já começa toda essa formação,

Em 1988, nós tínhamos demarcadas 56 áreas quilombolas, hoje, 25 anos depois, temos 1342 áreas como remanescentes quilombolas, já tem um levantamento para chegar a 3524, e a expectativa do movimento são 5500 áreas quilombolas que em um total corresponde a todo estado de São Paulo e cinco vezes o estado do Rio de Janeiro. A faixa de fronteira foi definida como uma linha imaginária constituída por uma faixa interna de terras. Os produtores rurais foram estimulados a ocuparem essas terras por segurança nacional, e a única ressalva para serem titulados era que ocupassem e produzissem 50% das suas áreas, desmatassem no mínimo 50% e, assim, podiam chegar e receber o seu título.

Durante todos esses anos, de 25 anos para os dias atuais, o rito de faixa de fronteira desobedece toda essa regra e hoje transfere para a mesma regra da desapropriação para a reforma agrária. Então, temos 40 mil processos de pequenos e médios produtores desde 1999 esperando titulação e não conseguimos titular devido aos cartórios do Brasil não conseguirem manipular esses documentos e fazer com que isso aconteça. Portanto, 10% das propriedades rurais do país estão na faixa de fronteira, sendo assim, praticamente estão em total insegurança jurídica.

As unidades de conservação ocupam hoje 14,5% do país. Essas áreas podem ser municipais, estaduais ou federais. Com o decreto, elas se transformam num parque nacional, estadual ou municipal, que são bons para o país e para o meio ambiente, mas para o produtor rural tem sido uma tragédia. Um decreto de 1941, quando ainda não existiam todos os instrumentos de georeferenciamento e os instrumentos de satélite. Então, esse decreto dava 5 anos para o órgão do Incra e para o órgão ambiental identificarem todo o prejuízo dos produtores para serem indenizados. Nos dias atuais, nem necessitaria de cinco anos, hoje em 48 horas talvez fosse possível identificar todos os prejuízos e as indenizações.

É notório que 50% de todas as unidades de conservação do país, que ocupam 14,5% do território nacional, são unidades de conservação de papel, é uma mentira, porque quando você vai criar uma unidade de conservação o primeiro ato é o decreto indicando que a fazenda da dona Maria Conceição, por exemplo, será uma unidade de conservação, enquanto, os atos subsequentes é a vistoria e o pagamento da indenização desses produtores rurais. Segundo o Instituto Chico Mendes do governo, 50% desses parques foram uma exigência da CNA, no Congresso Nacional, para que proporcionasse essas informações para nós, que no nosso entendimento é mais de 50%, quase 70% das unidades de conservação. Mas, vamos ao número oficial do Instituto Chico Mendes, 50% dessas áreas nunca foram indenizadas, só o primeiro decreto, e os produtores ficaram na total insegurança jurídica. Esse decreto ainda diz, que em cinco anos se não houver o processo finalizado, essas áreas deveriam voltar para os produtores rurais automaticamente. Nós temos 50% das unidades de conservação, segundo o Instituto Chico Mendes, que não foram indenizadas e muito menos retornada aos produtores rurais.

Vale lembrar que 86% de todos os produtores rurais do Brasil são pequenos produtores com menos de quatro módulos, sendo que ninguém sabe onde estão essas pessoas mais, ninguém conhece o endereço, e a CNA não pode entrar com uma ação única para todos os produtores, cada um tem de entrar com a sua ação. Nós conseguimos um compromisso do governo que não criasse nenhuma área que não regularizasse as antigas ou que pelo menos não tivesse previsão orçamentária para a indenização dos produtores, caso estivessem na condição de interesse da união, dos estados ou dos municípios em se transformar numa unidade de conservação.

O direito de propriedade, não o direito de propriedade de terras, o direito de propriedade em geral, o direito aos contratos, o direito intelectual, da sua produção intelectual, da tecnologia, enfim, o direito de propriedade é um pilar da democracia essencial e que leva o desenvolvimento econômico aos países. Isso já é um conceito universal, mas no Brasil é relativizado todos os dias, como vocês viram na faixa de fronteira, na questão indígena, na quilombola, na do meio ambiente, e ainda na da reforma agrária, que diz que a sua área é improdutiva se não estiver cumprindo o grau de utilização da terra e o grau de especificação da produtividade, é o GUT e o GE.

Promessas constitucionais de modernidade e ausência de Estado social: desafios e consequências

Lenio Streck

Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, na área de concentração em Direito Público. Professor permanente da Unesa-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coordenador do Núcleo de Estudos Hermenêuticos e ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Autor, entre outras obras, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, *Verdade e Consenso*, além dos livros, em espanhol: *Verdad y Consenso, Hermenéutica y Decisión Judicial*, e *Hermenéutica Jurídica: estudios de teoría del derecho.* Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito.

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade refletir, no que diz respeito ao texto constitucional com todas as promessas da modernidade, um texto compromissório, social, mas que não veio acompanhado de políticas públicas e legislativas. Dessa maneira, ocorreu esta lacuna entre uma Constituição compromissória, dirigente e social, e uma sociedade complexa na qual não houve a realização das promessas da modernidade. Em outras palavras, não houve estado social. Ao longo do tesxto, é apresentado os desafios e as consequências em virtude dessa ausência. O Estado social no Brasil foi um simulacro, tendo em vista que o

regime autoritário concentrou a renda e coube à Constituição estabelecer como vamos redistribuir e construir mais renda.

Quanto à temática dos 25 anos da Constituição, poderíamos começar com uma história clássica repetida em todo o lugar para atestar o valor da Constituição. Na Odisseia, enquanto volta para Ítaca, Ulisses pede a seus marinheiros que o amarrem com correntes ao mastro e determina, e aí vem a cláusula pétrea, que em nenhum momento obedeçam a outra ordem que não seja a primeira, tendo em vista o perigo do canto das sereias. O canto das sereias é a política moral, a economia diariamente predando o direito, ou seja, são os predadores exógenos do direito. Uma Constituição precisa ter um grau de autonomia e se preservar contra os perigos exógenos, os que vem de fora, e também os perigos endógenos, uma vez que, se tem os que atacam por fora, tem-se também os que atacam por dentro.

Motivo pelo qual tenho escrito com frequência que qualquer tentativa de uma nova Assembleia Constituinte é golpe. Logo, preservar a Constituição nesse contexto é tarefa que nos incumbe. Em 1988 houve um *gap*, um enorme espaço, porque recebemos esse texto constitucional com todas as promessas da modernidade, um texto compromissório, social, mas que não veio acompanhado de políticas públicas e legislativas. Dessa maneira, ocorreu este *gap* entre uma Constituição compromissória, dirigente e social, e uma sociedade complexa na qual não houve a realização das promessas da modernidade. Em outras palavras, não houve estado social. O Estado social no Brasil foi um simulacro, tendo em vista que o regime autoritário concentrou a renda e coube à Constituição estabelecer como vamos redistribuir e construir mais renda.

Essa conjuntura provocou uma corrida ao Judiciário, a qual fez com que nós criássemos um espaço para, de um lado, um presidencialismo de coalizão no plano da política, e, de outro lado, um elevado grau de uma juristocracia ou judiciáriocracia. O autor francês Antoine Garapon, um crítico do ativismo judicial, utiliza o termo juristocracia. O *gap* e a corrida ao judiciário criaram um problema para o Brasil. No entanto, há uma diferenciação importante entre judicialização e ativismo. A judicialização é contingencial, ocorre em todo o mundo, enquanto o ativismo é um behaviorismo, um comportamento. Se o problema da judicialização for bem administrado (visto que é um problema de competência ou incompetência dos

poderes), a incompetência no sentido lato e estrito transformar-se-ia em incompetência de poderes.

O ativismo é a vulgata da judicialização. Antoine Garapon associa a decisão judicial a um critério de desejo, de vontade daquele que julga. Para o autor, o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou de a travar. Ademais, o ativismo se revela sob duas formas, a de uma espécie de clericalismo de juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pela mídia, se a magistratura não tiver grande tradição de independência. No Brasil, antes da Constituição de 1988 não havia ativismo, mas formalismo. A partir da nova Constituição, uma nova corrida se deu, uma espécie de ressaca, e não havia uma teoria adequada para recepcionar e dar conta da riqueza de detalhes do texto e do imenso vazio que se encontrava em uma sociedade carente de recursos, justiça social, saúde, etc. Tinha-se a Constituição e a falta de políticas públicas, ou seja, um problema de competência e incompetência.

Com isso, teorias foram importadas. Acredito que algumas dessas importações foram equivocadas, pois provocaram uma espécie de fragmentação jurisprudencial. Por exemplo, importamos de forma descontextualizada a jurisprudência dos valores, a jurisprudência alemã. Fez-se uma mistura, porque foi importada uma leitura equivocada da teoria da argumentação de Robert Alex, por exemplo, em que a ponderação, um complexo processo para resolver o problema de colisão de princípios, foi transformada no Brasil em um problema de resolução direta. Essa atitude tem algo de irracionalidade. Pode-se acrescentar ainda a importação do ativismo norte-americano, que continua apaixonando muito os juristas brasileiros, e a metodologia de Savigny (Savigny nem falava em lei, Savigny era um conservador, era contra a legislação – portanto, falar em métodos e legislação em Savigny é um problema seríssimo). Logo, a importação indevida causou uma série de problemas.

A maioria dos neoconstitucionalistas, diante da constatação de que o direito estava separado da moral, introduziram a moral no direito, por meio de princípios. Em suma, houve uma transição do juiz boca da lei para o juiz dos princípios. O problema é que o juiz dos princípios adota preceitos fabricados por si mesmo ou pela doutrina. O direito civil então é o *locus* privilegiado. Criou-se uma espécie de “direito flambado”, o qual enfraquece a força normativa da Constituição. Se os princípios passam a valer mais do que as regras, altera-se toda a legislação. Dessa forma, o problema da

validade de um discurso de fundamentação da produção democrática do direito é deslocado da legislação e da Constituição.

O direito é complexo. Nenhum cidadão se operaria com um médico que escrevesse um livro de operação facilitada. Portanto, se ninguém faria isso no caso da medicina, ou se ninguém construiria uma casa com um engenheiro que escreve cálculos facilitados ou em quadrinhos, porque aceitar isso no direito? Nas bancadas dos tribunais brasileiros há livros de baixíssima densidade, às vezes comprados com dinheiro público, o que é quase uma improbidade hermenêutica.

O século XIX tem uma forma de positivismo que se coloca pelo legislador. Na França, houve o positivismo exegético, na Alemanha, *grosso modo*, a jurisprudência dos conceitos, e na Inglaterra, a jurisprudência analítica (um direito feito por juízes, legisladores, professores). O problema é que, nesses casos, o direito é feito por meio de uma norma geral, a qual supostamente abarcaria todas as hipóteses de aplicação. É o Império da razão, o jus racionalismo. Em cada um desses movimentos do século XIX ocorre dialeticamente uma oposição: na Alemanha, por exemplo, a oposição é dada pela jurisprudência dos interesses, segundo Hiering; na França, pela escola do direito livre; e na Inglaterra e nos Estados Unidos, pelo realismo jurídico, no qual a vontade supera a razão. O problema é que, no Brasil, não foi possível racionalizar essa vontade.

A Constituição brasileira é uma vulgata da jurisprudência dos interesses e parte de um ativismo norte-americano. Ou seja, a importação desses conceitos deu-se sem racionalização. Não conseguiram fazer o controle racional, o que provocou a brecha pela qual entraram tais teorias e correntes. Dito isso, o que seria o novo constitucionalismo que chega ao Brasil tardiamente, em 1988? É um novo paradigma, que faz parte do processo de autonomia do direito. Lamentavelmente, ainda se olha o novo com os olhos do velho. Por exemplo, o único código feito a partir de 1988 é o código civil, porque é feito para os que têm. Por que razão não se fez um novo código penal? Porque o código penal é feito para os que não têm. Portanto, nos últimos 26 anos, foi aprovado somente um código civil recheado de cláusulas gerais, as quais aumentam o protagonismo do juiz dentro do diagnóstico referido anteriormente, aumentando assim o grau de “decisionismos”.

No campo do direito penal, continua valendo a velha frase: “La ley es como la serpiente, solo pica a los descalzos”. Em outras palavras, continuamos com um código que, filtrado, seria reduzido a pó em muitas coisas. É desnecessário falar da

desproporcionalidade. Não é possível que hoje se mantenham os parâmetros de furto qualificados em um contexto dos anos 1940, quando não existiam bancos. Por exemplo, se duas pessoas realizassem o furto, a pena dobrava. Hoje, continuamos dobrando a pena de furto de dois para quatro anos com o simples fato de que duas pessoas vão furtar. Conclui-se que cuidamos muito bem da propriedade e não da segurança física.

Logo há um elefante escondido atrás de uma formiga. A tarefa crítica é desnudar esse grande elefante que se esconde. No direito penal, isso é evidente, e a doutrina constitucional deveria derrubar isso. Outro exemplo: o Brasil ficou durante décadas sustentando um código em que, se a vítima de um estupro casasse com um terceiro ou com o próprio estuprador, extinguia-se a punibilidade do estuprador, porque o bem jurídico eram os costumes. Houve ainda uma jurisprudência dizendo que isso se estendia inclusive ao concubinato e à união estável. O objetivo era preservar a propriedade, a família e os costumes. Quando esses dispositivos foram revogados, o Supremo Tribunal afirmou que desde sempre esse dispositivo era inconstitucional. São pequenas coisas, para mostrar como o elefante se esconde atrás de uma formiga. No processo penal, a questão não é diferente, a velha dogmática faz uma adaptação Darwiniana do novo paradigma.

No entanto, é evidente que alguns avanços aconteceram. Um exame, ainda que superficial, do texto da Constituição de 1988 mostrará que foi possível construir um conjunto de garantias processuais penais que colocam o Brasil em muitas questões na vanguarda. É possível citar como exemplo os prazos para o exercício da ação penal. Há países em que o Ministério Público tem oito meses para oferecer denúncia de réu preso. No Brasil, os prazos para o exercício da ação penal estão regulados e há um grande esforço para diminuir o prazo de prisão cautelar. O artigo 154 do código de processo penal precisa de uma leitura para que álibi não provado não seja réu culpado, ou seja, se digo que eu não fiz, não sou obrigado a provar que não fiz, é o Ministério Público que tem que provar que eu fiz, não se inverte esse ônus da prova. O modo como, enfim, a Constituição de 1988 prevê o processamento dessas temáticas, para falar apenas de alguns pontos, não encontra similar em outros países.

É claro que há diferenças, como as condições das prisões no Brasil e a desigualdade no tratamento dos pobres. Hoje o sujeito no Brasil que furtar um botijão de gás está com problemas, enquanto outro que sonega tributos só precisa pagar para ficar livre. Por isso, a desigualdade é um problema instrumental. Ninguém faz lei contra

si mesmo. Aliás, os avanços sempre começam quando os instrumentos estão envolvidos em litígios. Por exemplo, a súmula 691, o caso Maluf, foi contornado pelo próprio STF porque tinha alguém do andar de cima envolvido. Da mesma maneira, o avanço no tocante ao habeas corpus pelo STF, mesmo sem apreciação do STJ, deu-se de forma contingencial, paradoxalmente. Ou até mesmo a lei Fleury, a qual beneficiou o Fleury, que era um torturador, também beneficiou o resto da sociedade. São os paradoxos.

Se é verdade que o STF vem concedendo habeas corpus para acusados de furtos de sabonetes, o que é muito louvável, também é verdade que de um lado os tribunais estaduais continuam resistentes aos avanços advindos do STF e de outros porque os acusados pertencentes às camadas superiores da sociedade vêm se beneficiando dessa nova perspectiva garantista. As instâncias inferiores não estão cumprindo a Constituição no sentido da própria jurisprudência do STF, que é uma jurisprudência muito mais garantista em termos de liberdades do que as jurisprudências, digamos, dos tribunais da República. Por exemplo, enquanto o STF aponta para a tese que a gravidade do crime por si só não permite a prisão, toda a semana aparecem decisões mandando prender com o argumento de que a gravidade do crime por si justifica a prisão.

Isso é um problema paradigmático. O princípio da confiança no juiz da causa, que serve para prender e para soltar, é muito usado. Se quer prender o acusado, basta dizer que confia no juiz da causa, enquanto se quer soltar também é só utilizar como base o mesmo princípio. Ainda no plano da jurisprudência contingencial, no ano de 2011, o STJ avançou em relação à tese dos frutos da árvore envenenada, ou seja, a questão das provas ilícitas da Constituição. Houve um avanço com relação à preservação das garantias, embora haja casos de habeas corpus negados para furtadores de garrafas de vinho em postos de gasolina. Outro caso fantástico é que, em termos de teoria da norma, a portaria tem mais validade do que a legislação. Ou seja, é preciso consertar o código do processo civil e o código de processo penal. Ademais, os tribunais superiores têm que estar amarrados à sua própria jurisprudência e o andar de baixo tem que estar vinculado a essa jurisprudência para que se tenha estabilidade, coerência e integridade.

Logo, embora tenha havido avanços nos últimos anos, a evolução não isenta o sistema processual penal pelos mais de quinhentos mil presos nas penitenciárias brasileiras. A Lei 12.403 tinha como objetivo diminuir o número de presos, enquanto

o que se constata é que o número aumentou, porque não se está aplicando o novo código de processo com as alternativas à pena de prisão. Em suma, descumpre-se a jurisprudência ou a própria legislação produzida democraticamente por meio de decisões mal fundamentadas. É necessário e urgente mudar o código de processo civil e o código de processo penal para que se possa proteger o cidadão contra uma espécie de jurisprudência ad hoc.

A lavagem de dinheiro é uma lei que produziu apenas algumas dezenas de prisões, ao mesmo tempo em que mais de cento e cinquenta mil pessoas foram presas por furtos, estelionatos e apropriações indébitas, no mesmo período. Hoje ainda são setenta mil pessoas. É fácil condenar alguém por furto, estelionato ou apropriação indébita, difícil é pegar o “andar de cima”, ainda que passados 25 anos da Constituição.

Para encerrar, é necessário discorrer sobre o 212 do código penal, que é um problema emblemático. O 212 veio para garantir que o juiz não faz mais a prova, que não há verdade real, que o processo de produção da prova não pode ser de ofício ou inquisitivo. No caso, o juiz só faz perguntas complementares. No entanto, o Supremo Tribunal e o STJ têm autonomia para não aplicar o 212, conforme o caso do acórdão habeas corpus 112/1446. No entanto, uma lei votada no parlamento só pode deixar de ser aplicada pelas seguintes hipóteses: pela nulidade parcial sem redução de texto, pela inconstitucionalidade parcial com redução de texto, pelo critério das antinomias *lex posterior* e *lex anterior*, ou pela questão de regras e princípios. Sem essas hipóteses, é um dever fundamental aplicar uma lei votada pelo parlamento. Em suma, o STF não poderia dar um desvio hermenêutico no 212 sem fazer jurisdição constitucional.

Eis um retrato de como as garantias processuais penais ainda estão longe de chegar ao “andar de baixo”. A Constituição precisa dessa regulamentação para que os códigos não fragilizem a própria Constituição, uma vez que, com o passar do tempo, os códigos sedimentam uma interpretação e seguram o processo de avanço constitucional. Dessa maneira, é necessário que se façam novos códigos.

Existe uma lei que é lastreada ainda fortemente no direito brasileiro e que é uma importação indevida do problema do protagonismo, o qual atravessou o século XX até chegar na escola instrumentalista de São Paulo e nos códigos brasileiros, através do livre convencimento ou livre apreciação da prova. Essa questão é um problema filosófico paradigmático, uma questão que está sendo discutida nos novos códigos.

De que adianta na democracia colocar as conquistas na Constituição, se na hora de aplicá-las depende-se de uma decisão individual, de uma vontade, de um desejo, como diz Garapon? Se, por exemplo, o problema do aborto for discutido no Supremo Tribunal, o país vai parar para saber se o ministro é católico ou não? Será que a doutrina jurídica brasileira não consegue construir um arcabouço de teses que tenham a mínima previsibilidade e que não dependam simplesmente da apreciação pessoal? Na democracia, não é possível depender de uma apreciação pessoal. É preciso considerar o direito, não o pensamento de um ministro ou juiz. Esse problema envolve a questão da democracia.

Não só em relação ao código de processo civil, o qual está avançando, mas em relação aos demais ramos do direito, o Estado parece continuar no século XIX, pautando-se na concepção de que o Estado é mal, o cidadão é bom, e, portanto, é preciso proteger o pobre cidadão contra a maldade do Leviatã, como se o Estado não pudesse também ter o dever de ser bom, no sentido de praticar a justiça social ou, no mínimo, fazer com que se realizem as promessas da modernidade.

Outro problema gravíssimo no Brasil é a lei chamada Lindb, a qual pretende ser a lei de introdução às normas do direito brasileiro, como uma supraconstituição. Essa lei fala somente em princípios gerais do direito. Ora, princípios gerais são axiomas do século XIX que foram feitas para fechar um sistema do positivismo. Outro dia o Supremo Tribunal aplicou a nulidade sem prejuízo, a qual também é um axioma do século XIX que não se sustenta, uma nulidade não pode ser relativa. Essa é uma questão que tem que ser rediscutida também nesses 25 anos de Constituição.

Quanto ao campo do ensino jurídico, nos últimos 25 anos ainda não se construiu um modelo de ensino que supere a leitura de leis e códigos comentados, pois a indústria que mais cresce é a de compêndios de baixa qualidade. Dessa maneira, a doutrina cada vez mais doutrina menos. A pós-graduação também tem que reformular muita coisa, os alunos continuam fazendo dissertações e teses sobre temas monográficos. O resultado pode ser visto na sala de aula dos cursos de direito espalhados por todo o Brasil. Os professores não conseguem ensinar sem o uso desse material, enquanto o judiciário e o Ministério Público não conseguiram ainda elaborar um novo modelo de provas de concursos públicos, eis aí o grande problema. A solução é modificar os concursos, a prova da OAB, as provas do Ministério Público, da magistratura, defensoria, etc., porque no Brasil entrar no Estado é modo de ascensão.

O modelo da decisão judicial continua o mesmo há mais de um século. O novo paradigma demanda novas teorias das fontes da norma de interpretação e decisão. O pagamento dessa fatura toda implica a superação das duas formas de positivismo imperantes ainda, o exegetismo, ou a sua vulgata, e o normativismo ou axiologismo, ou a sua vulgata. A aposta em subjetivismo é tão danosa quanto a aposta em formalismos. Essa é uma tarefa para uma teoria do direito contemporâneo. Defendo a jurisdição constitucional.

Para finalizar, cito um conto de Machado de Assis: um homem, Sr. Macedo, vê um canário em uma gaiola pendurada em uma loja de quinquilharias. Ao indagar em voz alta por quem teria aprisionado a pobre ave, surpreendentemente a ave responde que ele estava enganado, ninguém a vendera. Então o Sr. Macedo perguntou à ave se não tinha saudade do espaço azul e infinito, ao que o canário perguntou: “Que coisa é essa de azul e infinito?”. Então o Sr. Macedo afinou a pergunta: “Que pensas do mundo, oh canário? ”. E este respondeu, com ar professoral: “O mundo é uma loja de quinquilharias, com uma pequena gaiola de taquara, quadrilonga, pendente de um prego, o canário é senhor da gaiola que habita e da loja que o cerca. Fora daí tudo é ilusão”. E acrescentou: “Aliás, o homem da loja é, na verdade, o meu criado, porque me serve todos os dias e não me cobra nada, e eu não preciso pagá-lo”. Encantado com a cena, o Sr. Macedo comprou o canário e uma gaiola nova. Levou-o para a sua casa e ficou anotando a experiência. Três semanas depois da entrada do canário na casa nova, pediu-lhe que o canário lhe definisse o mundo, e o canário respondeu: “O mundo, é um jardim assaz largo com repuxo no meio, flores e arbustos, alguma grama, ar claro e um pouco de azul por cima; o canário, dono do mundo, habita uma gaiola vasta, branca e circular, donde mira o resto do mundo. Tudo o mais é ilusão e mentira”.

Dias depois, o canário fugiu. Triste, o homem foi passear na casa de um amigo. Passeando pelo vasto jardim, eis que deu de cara com o canário. O canário disse “Viva, Sr. Macedo, por onde tens andado que desapareceu? ”. E o Sr. Macedo pediu para que o canário definisse o mundo. E o canário disse: “o mundo é um espaço infinito e azul, com o sol por cima”. Indignado, o Sr. Macedo retorquiu-lhe: “Sim, o mundo era tudo isso, inclusive a gaiola e a loja de quinquilharias... Como é que mudou isso agora? ”. E o canário respondeu: “Que loja? Que gaiola? Estás louco? ”. O que quero dizer com essa história é que a Constituição pode ser do tamanho que quisermos.

A filosofia da esperança: compreender a história para pensar o futuro

Martônio Mont'Alverne

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza, mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará e doutorado em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. É pós-doutor em Direito pela mesma Universidade de Frankfurt/M. Atualmente é Professor Titular da Universidade de Fortaleza e Procurador do Município de Fortaleza. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional. Ademais, é autor de diversos ensaios, pareceres e traduções publicados, como também organizador de obras.

RESUMO: O presente artigo tem como propósito recorrer à perspectiva histórica, estabelecendo assim uma linha teórica, para só depois podermos refletir, no que diz respeito ao que podemos esperar após decorridos 25 anos de Constituição. O autor defende que se nós não somos capazes de observar a história, não temos como imaginar a maneira para prosseguir no futuro, portanto, a história é uma ciência fundamental para os juristas e, principalmente, para os que preocupam especificamente com direito constitucional. Dessa maneira, é nessa perspectiva que faz sentido partir de uma explicação e de uma análise da história e somente em um segundo momento deve-se analisar a história a partir do que ela concretamente mostra e não do que deveria ter sido, ou do que deveria ser ou do que poderia ser.

Para falarmos o que podemos esperar após decorridos 25 anos da Constituição, eu recorrerei em um primeiro momento à perspectiva histórica. Gostaria desde já de estabelecer uma linha teórica e resumir o que quero dizer em duas afirmações.

Primeiro, a história é a mestra da vida. Se nós não somos capazes de observar a história, o que ocorreu no passado, não temos como imaginar a maneira para

prosseguir no futuro, portanto, a história é uma ciência fundamental para nós juristas e, principalmente, para nós que nos preocupamos especificamente do direito constitucional. Os fatos históricos, ou aquilo de que cientistas e filósofos da história advertem-nos, não se repetem de uma forma linear, portanto, as contradições da história dos próprios acontecimentos ocorrem de uma maneira complexa. Isso explica a natureza dos próprios fenômenos históricos.

Dessa maneira, é nessa perspectiva que faz sentido partir de uma explicação e de uma análise da história e somente em um segundo momento deve-se analisar a história a partir do que ela concretamente mostra e não do que deveria ter sido, ou do que deveria ser ou do que poderia ser.

O ano de 2013 é particularmente favorecedor à consolidação desta ideia, pois nós comemoramos 500 anos da obra do italiano Nicolau Maquiavel, ou seja, comemoramos a atualidade dos 500 anos d'*O Príncipe.* E por que esse livro continua atual? Para além dos clichês, podemos com segurança dizer que Maquiavel é antes de mais nada o fundador da política moderna e o fundador da formulação democrática de como se elabora um Estado, na medida em que incorpora os elementos históricos que aconteceram na humanidade até a sua época e a partir daí procura compreender a política como ela é. É o próprio Maquiavel quem nos adverte: aquele que compreende a política, ou a história constitucional – já que o direito constitucional nada mais é do que política, não como ele é, mas como deveria ter sido –, incorrerá muito mais na danação do que na salvação.

Isso significa dizer que Maquiavel adverte-nos de que nós devemos abandonar a perspectiva abstrata, moralista, para compreendermos a história dos acontecimentos políticos como eles efetivamente têm acontecido, e não como se gostaria que fossem a partir de uma perspectiva idealista, moralista. Essa tradição será recuperada por aquilo que temos de melhor na tradição do pensamento ocidental, que qualificaremos como uma tradição realista. Será recuperada por Hobbes, por Spinoza, mais tarde, por Reagan, e, claro, ao final do século XIX será recuperada por Marx. Portanto, é sob essa perspectiva histórica que devemos compreender a história da Constituição. Ou seja, como ela efetivamente foi, abstraindo-nos daqueles juízos metafísicos, moralistas, para incorporarmos aquilo que concretamente esteve em qualquer sociedade, principalmente na sociedade brasileira.

Nesse primeiro momento, é preciso fazer essa ressalva, porque é impossível falar do que nós podemos esperar objetivamente no futuro sem retroagirmos e sem atentarmos para a tradição.

Ao prendermo-nos a esta linha, é possível dizer que o saldo de 25 anos de Constituição traz muita satisfação. A política brasileira e os políticos desses últimos 25 anos deram conta de toda sorte daquilo que se poderia qualificar como instabilidade institucional, sem que houvesse qualquer ruptura da qualidade democrática brasileira. Houve uma Assembleia Nacional Constituinte, o maior dos episódios, houve o afastamento de um presidente da república num processo absolutamente regular. Houve toda sorte de escândalos envolvendo privatização, reeleição, julgamento de "mensalão". Enfim, todos esses escândalos foram enfrentados dentro de certa normalidade e a institucionalidade foi realizada com aqueles em quem às vezes injustamente atiramos pedras, a política e os políticos. Ou seja, contraditoriamente, a sociedade brasileira em geral e mesmo, digamos, os estudiosos do direito, tanto professores quanto alunos, aplaudem a Constituição, aplaudem os 25 anos, mas atiram pedras na política e nos políticos, como se a Constituição representasse alguma forma de vida sem a materialidade, sem a concretude do universo praticado e realizado pela política e pelos políticos.

Portanto, há uma contradição nessa compreensão. Nós o percebemos e não podemos ter ilusões. Percebemos quais são as intenções ao se tentar levar a esse equívoco, mas sabemos claramente que essa perspectiva de compreensão histórica, apesar de contraditória, na verdade revela que o saldo, com foi dito no início, é extremamente positivo. A Assembleia Nacional Constituinte brasileira, uma das mais participativas de que se tem notícia, foi sobretudo retorno ao termo maquiaveliano. Foi uma constituinte do conflito, e a democracia se caracteriza sobretudo por conflito, por antagonismos, pela convivência de antagonismos em um espaço político devidamente constitucionalizado. Portanto, foi uma construção de possibilidades, mas partindo de um conflito de interesses razoável e inerente a qualquer sociedade. Essa perspectiva do passado é que nos autoriza a pensarmos o que podemos esperar nos próximos tempos da Constituição Brasileira.

É temível a perspectiva de se fazer exercícios de futurologia baseados apenas em idealismos ou em conjecturas metafísicas. É perfeitamente possível que se trate de determinados aspectos sob determinados ângulos para poder afirmar com algum grau de segurança quais seriam os limites que poderíamos alcançar no futuro na

nossa Constituição. Temos ainda tarefas por se realizar, reformas a serem feitas e, claro, salta aos olhos a pergunta inicial: realizaremos essas tarefas, levaremos a cabo essas transformações, a sociedade participará e estará ativa e atenta para decidir sobre esses processos nas formas que ela mesmo exige? São perguntas que deixam a todos nós intrigados.

Passemos então à parte da discussão a respeito da possibilidade, no futuro, de recorrer a uma chamada filosofia da esperança. Nos anos 50, um filósofo alemão, Ernst Bloch, publicou uma obra em que se nomeia o princípio esperança. A partir daí, ele se baseava naquilo que chamava a construção positiva de uma esperança. Ernst Bloch nos adverte quanto ao seguinte aspecto: há uma diferença fundamental entre esperança e desejo. A esperança significa, antes de mais nada, a tomada de decisão. Portanto, aquele que espera já decidiu, já sabe o que quer e parte desse futuro para a construção objetiva daquilo que decidiu.

Em 1988, decidimos que queríamos uma Constituição dirigente, intervencionista, baseada na perspectiva desenvolvimentista, e não na depedencista. Temos afinal o artigo 219 da Constituição Federal a dizer que, por exemplo, o mercado interno brasileiro integra o patrimônio nacional e deverá ser desenvolvido, deverá favorecer o desenvolvimento científico e tecnológico do país. É uma clara opção desenvolvimentista, um desafio furtadiano e não um desafio depedencista. Essa foi a decisão que nós tomamos, foi a decisão que o constituinte brasileiro quis.

Portanto, esta será a esperança daquela geração, assumida também por esta geração. Claro que poderemos discutir, sob todos os aspectos da Constituição, em que sentido a esperança poderia se concretizar. Há o aspecto do federalismo, o da separação dos poderes, o da jurisdição constitucional dos direitos e garantias individuais. Procuraremos nos restringir ao respeito da definição do político e da política que queremos a partir da Constituição. Porém, é preciso fazer a ressalva de que direito constitucional em nada mais consiste do que direito político.

A obra de Rousseau *O Contrato Social* tem o título chamativo, mas o subtítulo ainda mais: “do contrato social ou princípios do direito político”. Assim, a política do conflito com participação integrava para Rousseau aquilo que hoje chamamos de Constituição. O termo “direito constitucional” só aparece no final do século XIX e começo do século XX, quando o liberalismo decide que constitucionalismo é aquele campo do direito a englobar apenas quatro pontos estabelecidos pelo próprio liberalismo: a separação de poderes, as eleições, o direito de propriedade e, claro, a

participação de todos nos processos decisórios. Para o liberalismo, o direito constitucional nada mais é do que isso, enquanto para as correntes modernizadoras, a partir da revolução francesa, passa a englobar toda e qualquer questão política, principalmente a questão da igualdade.

Os mesmos liberais não defendiam uma democracia de todos. Esse termo pode até parecer redundante, mas é uma apropriação praticamente da segunda guerra para cá. O discurso liberal, ao defender a participação de todos, não incluía, por exemplo, pobres, no seu universo de eleitores capazes de participar do processo decisório. Os textos, por exemplo, de John Locke, um pouco mais atrás, mesmo na transição do século XVIII para o século XIX, não deixam dúvidas: eram claros ao dizer que o homem que para viver tem que trabalhar não pode participar dos processos decisórios, porque não tem tempo para estudar e para ocupar-se de assunto de governo. Logo, os liberais, e principalmente John Locke, quando falavam “o povo deve decidir”, estavam apenas se referindo ao mesmo povo de Edmund Burke, ou seja, os proprietários, os que tinham terras.

Portanto, o discurso liberal é excludente e, diferentemente do que Norberto Bobbio nos adverte, o liberalismo somente assimilou o radicalismo da igualdade na primeira metade do século XX. Não de uma forma endógena, mas por força dos movimentos sociais, principalmente dos movimentos emancipatórios do final do século XIX e da primeira metade do século XX, o liberalismo passou com pouca diferença a assimilar o radicalismo da igualdade para todos. Passou, portanto, a defender aquilo que se chama de democracia de todos.

Sabe-se que a grande distinção dos conceitos dos dois polos clássicos, o conceito de democracia, a democracia grega, e o conceito retomado de democracia pelo iluminismo no século XVIII, é a igualdade. Os gregos diziam que não se pode medir o passado com o método presente, mas a democracia grega não era de todos, na medida em que escravos, mulheres, estrangeiros e pobres estavam excluídos dos processos de participação na ágora ateniense. O radicalismo do iluminismo, por sua vez, consiste em incorporar “todos” no conceito de “igualdade”, com uma singela frase bastante conhecida: “todos são iguais perante a lei”. Nem por isso quando, por exemplo, o iluminismo lutou pela igualdade discursivamente ou quando condenou a escravidão elas deixaram de existir. Isso nos remete à nossa Constituição, quando, por exemplo, ela discorre que homens são iguais às mulheres. É claro que o constituinte estava advertido pela experiência concreta e histórica de que homens e

mulheres não são iguais na sociedade brasileira. Exatamente por isso discursivamente o constituinte diz que homens e mulheres são iguais, para garantir a igualdade de todos, para ratificar o compromisso da realização da igualdade como uma tarefa do Estado e da sociedade, e não somente como uma tarefa do Estado ou como algo que virá naturalmente no desenvolvimento da história.

Pois bem, a filosofia da esperança chama-nos a atenção de que todas as transformações e todos os desejos e as escolhas feitas pela sociedade política não cairão do céu e que essas transformações terão de ocorrer necessariamente como produto da ação humana e da ação concreta. Terão de ocorrer e assim ocorrerá na sociedade brasileira a partir, sobretudo, do conflito e a partir do forte embate antagônico de ideias e de interesses que existem em qualquer sociedade.

É nesse sentido que o ponto de vista do político constitucionalmente compreendido e traduzido pelas esferas do Estado, seja o poder judiciário, seja o poder legislativo ou o próprio poder executivo, adquirirá uma força determinante para que se possa compreender a democracia do futuro.

Passamos então a nos limitar sobre o conceito do político e sobre aquilo que há na sociedade brasileira relacionado a ele de forma a subsidiar a evolução da nossa Constituição. Em um primeiro momento, eu diria que o conceito do político enfrentado, ou a política democrática que nós queremos ter para a Constituição de 1988, não é um desafio somente brasileiro. Todas as sociedades, principalmente as da América Latina egressas das suas ditaduras e dos seus governos autoritários de mais ou menos vinte anos, tiveram que construir uma definição da conformação da política democrática a ser resolvida por uma Constituição dirigente, intervencionista e desenvolvimentista.

Esse mesmo desafio esteve presente nas sociedades egressas dos regimes totalitários pós-Segunda Guerra, ou seja, após o fascismo e o nazismo, mas também após os regimes autoritários da Europa ibérica, como Espanha e Portugal. Todas essas sociedades, cada uma à sua maneira, após a opção pelo futuro e pela democracia, tiveram de enfrentar e definir como entendiam o político.

Chama a atenção especificamente o caso da República Federal da Alemanha. Num primeiro momento, diferentemente da França, a Alemanha não tem a tradição democrática, ou seja, de ela própria, a partir das próprias forças interiores da sociedade, conseguir realizar movimentos democráticos. Quando se observa apenas o panorama do Século XX, constata-se, por exemplo, que, diferentemente da

república francesa, a Alemanha somente se democratizou como resultado de agentes externos à própria sociedade alemã. A derrota na primeira guerra mundial e a derrota do nazismo impuseram à Alemanha formas democráticas e republicanas, enquanto na França se observava outra forma. Ou seja, a França, já em 1789, ela própria numa perceptiva intestina, realizou um movimento emancipatório e democrático.

Portanto, a redemocratização e o conceito do político na sociedade alemã encontraram num primeiro momento dois grandes obstáculos. Primeiro, a redemocratização da Alemanha com o fim da primeira guerra mundial, então, Weimar. Tudo isso significava para os alemães o mesmo que derrota e humilhação, um dos pontos chave para a explicação da frustração e, claro, a vinculação ao nacional-socialismo. Que isso possa vir a ser usado como alguma tentativa de amenizar ou de eventualmente absolver a Alemanha e o povo alemão pela responsabilidade do nacional-socialismo é algo totalmente diferente.

A sociedade alemã como um todo fez a sua opção pela barbárie do século, que foi, claro, o holocausto e a estruturação de um Estado econômica e militarmente para eliminação de um povo, baseado em critérios meramente de sangue e raça. Aquele primeiro momento, de Weimar, levou ao fracasso de uma perspectiva do político-democrático. Isso adverte de que a tarefa de se realizar a democracia não será inexorável ou predestinada. O homem também pode retroceder, a razão humana também pode ser usada para o mal. Disso nos advertia um dos maiores representantes da escola de Frankfurt, Max Horkheimer, ao rebater acusação de que o nacional-socialismo, com a sua barbárie, representou o sono da razão. Max Horkheimer dizia o contrário, ou seja, o nacional-socialismo representaria a razão humana que pode ser utilizada também para o mal. Portanto, a filosofia do futuro pode se permitir também a ser usada para o mal, para a não democracia, o regresso; pode ser utilizada para não avanços democráticos.

Isso depende de cada sociedade. O exemplo da Alemanha de 1919, logo após a derrota da primeira guerra, é bastante esclarecedor. A democracia não teve força e não se constituiu na opção do povo a escolha pela democracia. Em 1933, a escolha pelo nacional-socialismo significou o abandono da democracia. O florescimento de regimes autoritários, bem recebidos por vários teóricos, vários pensadores, significou também mais uma vez a derrota da democracia. Portanto, o conceito político no primeiro momento foi não democrático.

Num segundo momento das sociedades europeias, já nos anos setenta e, mais tarde, na Europa ibérica, passou a haver o conceito do político positivo. O conceito de defesa da democracia. A diferença aqui digna de nota é que, enquanto a Europa enfrentava ou tentava recuperar os seus valores democráticos como uma tarefa a ser realizada por cada uma das sociedades, a América Latina recrudescia. Em 1958, por exemplo, durante o governo de Arturo Frondizi, na Argentina, o golpe militar deu-se pelo prenúncio de uma escolha das sociedades latino americanas não pela democracia, mas pela não democracia. Deu-se a escolha pelos regimes autoritários.

Esta digressão da diferença entre Europa e América Latina se resolverá somente a partir do final dos anos 70. O desgaste econômico e político dos regimes autoritários da América Latina, aliado à forte insatisfação popular, às reivindicações e às denúncias, agora quase todas comprovadas, de torturas, maus tratos e violações constantes aos direitos humanos, levaram tais regimes ao desprestígio. No plano internacional, passaram a perder os seus principais aliados internos, mostrando-se uma burguesia incapaz de se afirmar economicamente perante uma burguesia internacional, além de demonstrarem não fortalecer a geração de mercado interno. Os seus aliados internacionais eram representados principalmente pelos interesses dos Estados Unidos. Ao se aperceberem da perda desses apoios, os regimes não tiveram outra alternativa senão entregar a governabilidade para os civis. O desafio agora era como se daria a entrega, por rupturas ou por transições.

Em quase toda a América Latina, o fato é que essas transições, essas entregas de governo, operaram-se por meios mais graves ou mais contundentes, como cada uma das histórias dos países pode revelar. A partir de 1980, aparece uma coincidência: tanto na Europa quanto na América Latina e praticamente no resto do mundo há a escolha pela esperança. Desse modo, a escolha pelo futuro, se deu pela democracia. O conceito do político passou a ser assimilado como, primeiramente, plural, em uma vertente claramente democrática de reconhecimento do conflito. Segundo, passou a ser uma vertente descentralizada, de reconhecer não mais a atomização do poder em um único centro emanador de decisões políticas, mas reconhecendo a existência de outros centros e, mais que isso, a sua própria legitimidade em decidir politicamente e em decidir democraticamente. Esta foi a opção a partir dos anos 80 e é esta opção concreta com que nós trabalharemos daqui para frente.

O que resta então para a política brasileira nessa perspectiva futurista ou de escolhas a ser realizadas? Muito a fazer. No Brasil, ainda temos a tarefa de democratização completa, por exemplo, da educação e da saúde, do acesso a todos. Ainda temos a tarefa de pronta transferência e aquela de que todos se ressentem, uma reforma política e econômica estrutural. A reforma política abrange as decisões sobre os partidos políticos que teremos em sua formação. Passamos aqui ao ponto principal. Em uma reforma econômica, começa-se a rediscutir qual o tipo de participação do Estado na preservação das riquezas nacionais que teremos de ter ou não no futuro próximo.

O horizonte parece alvissareiro, na medida em que o conceito do político, na sociedade brasileira, parte solidificado de uma democracia pluralista aberta a participações, como se tem visto, principalmente, de forma recente pelas contínuas manifestações de rua e pela ampla discussão sobre reforma política e político-partidária. É possível notá-lo também pela discussão aberta até mesmo no âmbito dos tribunais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição constitucional, quando põe às claras para a sociedade todas as suas discussões, o aspecto desenvolvimentista que queremos e pelo qual decidiremos.

A base que guiará o possível desenvolvimento econômico brasileiro comporta uma decisão já tomada. Pelo que consta na Constituição, fizemos a opção desenvolvimentista, a opção furtadiana. Celso Furtado nos adverte de que o subdesenvolvimento econômico não é uma manifestação, um caminho natural para o desenvolvimento econômico. Ele diz que subdesenvolvimento econômico é uma outra manifestação da forma de economia de mercado. Dessa forma, uma nação subdesenvolvida não estaria condenada necessariamente ao desenvolvimento econômico, na perspectiva da construção de um caminho natural, de um resultado natural. Para Celso Furtado, na medida em que uma sociedade não toma as medidas para proteger o seu mercado interno as suas riquezas naturais, não deixará de ser subdesenvolvida.

A Constituição brasileira estabelece a preservação das riquezas nacionais para o Estado brasileiro, protege o seu mercado interno e implementa medidas econômicas estruturais na defesa do mercado consumidor interno. Esse desafio, o chamado desafio furtadiano, é que deverá ser realizado nos próximos anos. Mantidas as condições atuais, a Constituição poderá proporcionar a distribuição da riqueza brasileira, o desenvolvimento razoável da sociedade brasileira.

O sentido do político como democrático, voltado para os seus problemas e desafios, traduz também outra realidade, a de que a perspectiva intelectual brasileira e a sua capacidade de formulação de política não difere de nenhum outro povo. Do mesmo modo que qualquer sociedade democrática do mundo moderno, a sociedade brasileira enfrenta todo tipo de escândalo e conflito. Enfrenta as mais diferentes vicissitudes inerentes à natureza de uma política democrática. Assim, não haveria substancial diferença entre a qualidade da política desenvolvimentista adotada pela Constituição brasileira e a qualidade da política de qualquer outra sociedade. A única diferença, e não hierarquia, reside no fato de que cada país tem as suas peculiaridades marcadas pela sua própria história, sua própria cultura e formação antropológica.

Pensar o futuro da Constituição brasileira a partir do que se dispõe hoje vai no sentido, portanto, da esperança. É o sentido do concreto. Não será um caminho sem percalços, não será um caminho, sobretudo, que advirá do nada ou cairá dos céus. Será um caminho construído por todos nós, na medida em que cada um poderá enxergar o seu papel fundamental e, sobretudo, o papel do conceito de um político democrático na medida em que assim foi decidido pela Constituição e por aqueles que elegemos, ou seja, os políticos que fazem a política brasileira.

Transparência internacional: contribuições da sociedade civil para a governança global

Peter Eigen

Professor, advogado de formação, trabalhou na área do desenvolvimento económico durante 25 anos, sobretudo com o Banco Mundial em África e na América Latina. De 1988 a 1991 e de 1999 a 2001, liderou a missão regional do Banco Mundial na África Oriental. Também prestou assistência jurídica e técnica aos governos do Botswana e da Namíbia. Em 2005, presidiu ao Grupo Consultivo Internacional da Iniciativa para a Transparência nas Indústrias Extrativas (EITI). Foi presidente da EITI entre 2006 e 2011 e é agora representante especial da mesma iniciativa.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo refletir a respeito da necessidade que temos na contemporaneidade, no que concerne a uma nova fórmula de governança. É visível que a sistemática de governança atual não funciona e precisamos tentar atingir uma participação da sociedade civil organizada se quisermos superar com sucesso os muitos problemas que resultam da economia contemporânea. O texto discorre sobre a contribuição da sociedade civil para uma melhor condução da governança global. Ao decorrer do texto, é mostrado fatos que comprovam que a sociedade civil organizada deve ser convidada, pelo governo ou pelas grandes empresas, e que ela pode ser muito importante. A nossa iniciativa não é apenas transfronteiriça, temos valores que são diferentes dos valores hoje defendidos pelos governos nacionais, pelos seus eleitores e pelas suas instituições, como a co-atuação dos governos, da sociedade civil e do setor privado. Evidentemente, isso exige que a sociedade civil se assenhore aos poucos desse seu novo papel.

Hoje necessitamos de uma nova fórmula de governança, a sistemática de governança que temos atualmente não funciona e precisamos tentar atingir uma

participação da sociedade civil organizada se quisermos superar com sucesso os muitos problemas que resultam da economia contemporânea. Portanto, irei discorrer sobre a contribuição da sociedade civil para uma melhor condução da governança global.

Por exemplo, no Brasil há um grande interesse pelo tema do combate à corrupção. Há mais de 1.900 combatentes à corrupção na sociedade civil, de todas as áreas da sociedade. Em audiência em Brasília, a presidenta Dilma Rousseff falou sobre as dificuldades do combate à corrupção no Brasil, sobre como o Estado pode combater eficazmente a corrupção. Reporto exemplos do combate à corrupção de forma a ilustrar como o triângulo de cooperação entre Estados, setor privado e sociedade civil organizada pode melhor o diagnóstico dos problemas. É importante apontar como é possível se fazer reformas, como melhorar a implementação dessas reformas e como a sociedade civil organizada pode monitorar a sua implementação.

Parto da hipótese de que nós estamos diante de um fracasso global dos governos, um fracasso pautado na má administração dos recursos públicos, em conflitos e em violências. O Estado soberano e os governos nacionais precisam empenhar-se. Os Estados Nacionais não estão mais à altura das tarefas. Há 40 anos, Richard Barnet escreveu um livro intitulado *Global Reach*, no qual ele mostrou que as grandes organizações internacionais e as multinacionais têm alcance global (*global reach*), operando transfronteiriçamente, ou seja, utilizando as fronteiras em seu benefício para transferir lucros de forma a realizar inovações em seus países e empurrar as perdas para aqueles países nos quais isso taticamente seria melhor. As sociedades e multinacionais são, portanto, os peixes predadores num açude global de carpas, no qual podem ser movimentar para a sua própria vantagem.

Já os governos nacionais estão geograficamente restritos. Em outras palavras, o alcance geográfico dos Estados-nação é extremamente limitado, como uma espécie de colcha de retalhos, ou, para voltar ao futebol, é como se um campo de futebol tivesse sido dividido em cento e cinquenta áreas. Isso não permite jogar futebol de forma racional, mas essa é a natureza geográfica dos governos nacionais, ainda que os governos nacionais se juntem em organizações internacionais, como o Banco Mundial ou a ONU.

Além disso, há o horizonte temporal, sobretudo, de governos democráticos. Há horizontes de três, quatro, cinco anos, depois precisam oferecer alguma coisa que pareça importante aos eleitores para que possam manter-se no poder. No entanto, os

problemas do desenvolvimento global, do mercado global e da economia global não podem ser superados em tão breves períodos de tempo. Logo, esse horizonte de tempo simplesmente é inadequado. Quando se discute a transformação do clima, a proteção do meio ambiente, o combate à pobreza ou a implementação dos instrumentos de trabalho, em muitos países do mundo o horizonte de tempo é simplesmente inadequado.

Se a senhora Angela Merkel ganha as eleições da Alemanha, ela precisa atender sobretudo aos interesses do eleitorado alemão, precisa fazer promessas e sugerir algo que seja interessante para Alemanha. Entretanto, essa atitude não é congruente com o que se deve fazer quando se trata de reduzir a violência no leste do Congo, os estupros em massa, as porções de grandes contingências – isso interessa algumas pessoas da Alemanha, mas não a maior parte dos eleitores. Poderíamos assim enumerar muitos problemas que simplesmente somem do horizonte visual na esfera nacional. O resultado é uma incoerência, uma confusão, uma grande violência que pode partir desses 190 ou 200 Estados nacionais. É inaceitável que um milhão de pessoas estejam absolutamente pobres, é inaceitável que dois bilhões de pessoas vivam sem canalização de água, é inaceitável que quase sete milhões de crianças morram antes de chegar aos cinco anos de idade, é simplesmente inaceitável que quase um bilhão de pessoas não tenha um acesso razoável à água ou à eletricidade. São problemas que poderiam ser resolvidos facilmente, se tivéssemos um mundo um pouco mais justo.

Em outras palavras, vivemos em um mundo no qual a condução dos governos claramente leva a resultados que são inaceitáveis. É simplesmente inaceitável que no Leste do Congo nos últimos anos quase quatro milhões de pessoas tenham sido mortas. É possível citar muitos outros exemplos. Embora os governos nacionais continuem desempenhando um papel importante (visto que são o poder democraticamente legitimado), pode-se exigir do setor privado que se dedique ao bem-estar da coletividade, a ponto de esquecer os seus interesses. Os executivos das grandes empresas são escravos de tarefas de curtíssimo prazo, as quais têm como objetivo aumentar o lucro e a rentabilidade. Entretanto, é fantástico quando uma grande empresa se comporta de acordo com a ética social, com os critérios de responsabilidade social. O movimento da responsabilidade social, *social responsibility,* existente nos Estados Unidos há algum tempo, tem de ser apoiado.

No entanto, para produzir um sistema de governo global coerente, em que os abusos citados sejam combatidos, é necessária a atuação da sociedade civil. Com efeito, a ação da sociedade civil, num primeiro momento, pode ser caótica e mesmo ameaçadora, se pensarmos, por exemplo, na Conferência Econômica Mundial em Seattle, em Genova ou em Cancun, quando as pessoas se juntam em protesto contra o estabelecimento do poder. Mas, pouco a pouco, forma-se um sistema de sociedade civil realizada que pode desempenhar um papel muito concreto e muito progressista.

Nesse sentido, apresento o resultado do meu trabalho para a criação da Transparência Internacional. Há vinte e cinco anos, quando eu fui diretor do escritório do Banco Mundial em Nairóbi, na África Oriental, eu fiquei cada vez mais chateado diante do fato do Banco Mundial não se dirigir sistematicamente contra a corrupção. O Banco Mundial acreditava que não tinha como imiscuir-se em atividades políticas dos seus parceiros, dizendo à época que a corrupção é algo político, um assunto interno. É evidente que o Banco Mundial cuidou para que os seus projetos fossem mais ou menos protegidos, mas não considerou que a sua tarefa seria desenvolver um sistema abrangente e sistemático que permitisse proteger as pessoas nos seus países parceiros contra a corrupção.

Quando comecei a fazer alguma coisa contra a corrupção no Banco Mundial, fui proibido de fazê-lo, disseram-me que eu era ingênuo, romântico e que iria contrariar os estatutos do Banco Mundial, os quais proíbem a interferência nas relações políticas locais. Recebi um memorando negativo do departamento jurídico do Banco Mundial, assim como recebi também um memorando do presidente do Banco Mundial, recriminando a minha atuação.

A maioria dos países do mundo, sobretudo os países ricos da OCDE, permitiam expressamente que os seus cidadãos subornassem sistematicamente no exterior. Na Alemanha, por exemplo, os parágrafos antissuborno do código pessoal deveriam proteger, sobretudo, a integridade do funcionário público alemão, mas, se alguém no Brasil desse cem milhões de dólares a um ministro, a um presidente, ou a um prefeito para ganhar um grande pedido, os alemães se orgulhavam disso, e esses pagamentos de corrupção podiam até ser deduzidos do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. Em suma, fomentava-se expressamente que empresas alemãs subornassem sistematicamente no exterior. Pode-se dizer o mesmo da Grã-Bretanha, da França, do Japão e do Canadá. Temos que pensar nisso quando vemos como algumas dessas empresas continuam subornando – essa foi a cultura das empresas,

o seu *modus operandi.* Todos os outros diretores do Banco Mundial eram contra a imiscuição do Banco Mundial em questões de corrupção internacional, razão pela qual não pude atuar nesse sentido.

Em 1991, saí do Banco Mundial e quis fundar a Transparência Internacional. Percebi que havia uma muralha de inimizade e até de derrisão, de desprezo. O governo queria apoiar as empresas da Alemanha, país exportador por excelência, mas as próprias empresas me combateram e inclusive os cientistas me combateram. A maioria das pessoas não sabiam que as empresas alemãs podiam subornar no exterior. Para abreviar essa longa história, a Transparência Internacional, como organização da sociedade civil, utilizou-se dos seus meios para revelar esse estado vergonhoso, o escândalo da corrupção.

É interessante observar que tentamos cooperar com o setor privado, porque sabíamos que empresas alemãs como a Siemens e a Volkswagen são empresas altamente competitivas, sobretudo quando a concorrência é livre, isenta de corrupção, quando as empresas podem mostrar que elas têm produtos confiáveis. Com isso, nós argumentamos que essas empresas teriam um grande interesse no mercado internacional livre de corrupção. Fizemos três reuniões. A primeira foi liderada pelo Richard Forfait, que tinha sido o nosso presidente há até pouco tempo. Cerca de vinte capitais de indústria participaram dessa reunião, em que brigamos feio. As empresas argumentavam que faziam no exterior o que todo mundo fazia, que não era corrupção. Na segunda reunião, elas já admitiram que não poderiam fazer isso na Alemanha, porque na Alemanha isso seria considerado corrupção e a corrupção é proibida por lei, mas no estrangeiro não seria corrupção, porque o estrangeiro tem outra cultura e seria necessário respeitar as outras culturas.

Entretanto, na terceira reunião houve uma mudança que, em parte, foi consequência do fato de que nós fizemos muitas conferências e congressos e publicamos muitos artigos em jornais. Nessa reunião, as empresas admitiram que o que faziam era ruim e muito prejudicial para o mundo, que estavam pervertendo a política econômica em muitos países e, com isso, produzindo pobreza, miséria e violência. Diziam que tinham consciência disso, mas que não podiam parar porque todo mundo fazia isso e se parassem teriam que pagar um preço muito alto. Esse é o dilema do prisioneiro, pois a estrutura do argumento fez com que as empresas se sentissem incapazes de agir de forma socialmente responsável.

Com isso, oferecemos uma ferramenta que estamos tentando comunicar no mundo inteiro, as *collective actions*. Através dessa ferramenta, ajudamos as empresas em situações confidenciais, concretas, como, por exemplo, um projeto do Banco Mundial em que cinco ou dez grandes empresas multinacionais querem construir uma autoestrada, uma ferrovia ou um oleoduto. Nessas situações, celebramos um pacto de integridade entre os diferentes ofertantes para que todos parem de corromper ao mesmo momento. Assim, nesse terceiro encontro, grandes empresas como a Siemens disseram que nos apoiariam. Poucos meses depois tivemos negociações com a OCDE e logo muitos membros da OCDE (cerca de 35 Estados membros) já estavam dispostos a aplicar o conceito das *collective actions,* as ações coletivas.

Para a nossa grande alegria, em dezembro de 1997 foi assinado uma convenção por todos os Estados membros da OCDE, e por todos os muitos não membros, que determinava que a corrupção no exterior deveria ser criminalizada. Esse instrumento entrou em vigor em 1999. A Alemanha mudou imediatamente a sua legislação e a capacidade de dedução do imposto de renda da pessoa jurídica foi tirada em maio de 1999. A partir de então, nós tivemos um entorno inteiramente defendente, no qual nós, como organização da sociedade civil independente, podíamos agir, visto que passou a haver uma obrigação de direito internacional público de proibição da corrupção.

É interessante acrescentar ainda que em 1993, há exatos 20 anos, a Transparência Internacional decidiu que passaria a desenvolver instrumentos que poderiam ser disponibilizados às organizações locais da sociedade civil, aos capítulos nacionais da Transparência Internacional, para que se possa combater a corrupção nos seus respectivos países. Assim, nossas sessões nacionais nos diferentes países começaram a atuar por conta própria e fizeram pressão para que os seus governos cumprissem as promessas da convenção da OCDE.

A Alemanha procura ainda implementar as novas regras. Existem 120 casos nos quais grandes empresas alemãs, não apenas a Siemens, estão enfrentando hoje processo nos tribunais. Muitas pessoas dizem que hoje há mais corrupção do que no passado porque, com efeito, hoje a cada dia se lê algo sobre corrupção nos jornais alemães, quase como no Brasil. Isso ocorre porque na Alemanha os casos de corrupção são perseguidos nos tribunais e relatam-se novos casos que antigamente não teriam provocado nenhuma reação. Hoje a coletividade mundial tem mais consciência, como a Grã-Bretanha. Há uma forte sessão internacional em Londres

que conseguiu mover processos perante os tribunais britânicos. Infelizmente, ainda não conseguimos chegar a isso no Japão, onde o combate à corrupção internacional acontece muito pouco.

Discorro sobre a atuação da Transparência Internacional porque trata-se de um êxito visível do trabalho da sociedade civil. Depois dos três encontros em Berlim, os capitais de indústria enviaram uma carta aberta aos governos e pediram que o governo alemão deixasse de resistir contra a convenção da OCDE, de forma a ratificar essa convenção. Esse sistema é inteiramente novo e abriu as portas a muitas outras convenções das Nações Unidas, por exemplo, a convenção de 2000 celebrada no México, assinada e ratificada por muitos Estados – ainda não ratificada pela Alemanha, porque os nossos parlamentares não podem ser punidos por corrupção, o que é resultado de um tempo no qual acreditava-se que os lobistas, os eleitores e os parlamentos deveriam cooperar estritamente.

A maioria dos outros Estados independentes, 160 Estados, ratificaram essa convicção internacional da ONU, o que fez com que o mundo mudasse inteiramente. A Transparência Internacional tem uma grande secretaria em Berlim, com 180 colaboradores que trabalham no desenvolvimento de instrumentos, como o índice de corrupção e recepção, pelo qual os Estados são classificados de acordo com a sua subornabilidade. Também tentamos descobrir empiricamente, em questionários, quanto dinheiro cada família precisa pagar pela corrupção de um país. Também temos uma série de instrumentos referentes a setores, como a corrupção na economia florestal ou na área da saúde. Temos ainda um *global report,* um relatório global de corrupção, que a cada ano trata sobre um tema.

Muitos dos instrumentos que nós criamos estão sendo implementados em 107 países do mundo, o que é uma confirmação de que a sociedade civil se tornou poderosa. É evidente que isso só foi possível porque nós cooperamos com o governo, somos financiados em boa parte por instâncias estatais de organização do desenvolvimento e também por empresas interessadas no mercado internacional livre de corrupção.

Nós criamos uma iniciativa de transparência no comércio de matéria-prima. Cerca de 40 Estados participam desse sistema, no qual as empresas de matérias-primas, como a Petrobrás, a Vale do Rio Doce, a Esso e a Chevron, ocupam-se de publicar cada centavo pago nos países dos quais extraem matérias-primas. Dessa maneira, pela primeira vez tornou-se de conhecimento público os valores que

antigamente eram secretos. Antigamente, não se sabia se a elite local aceitava subornos da Chevron e de outras empresas petrolíferas, os parlamentos não sabiam disso, pois não estava no orçamento público, a mídia e a sociedade civil não sabiam. Hoje, sabemos que na Nigéria, a cada ano, 55 bilhões são pagos em subornos, sendo que o país é uns dos países mais pobres do mundo. Cento e cinquenta milhões de nigerianos em grande parte vivem abaixo da linha de pobreza, mas a elite que se apropria desses 55 bilhões de dólares vive na maior fartura. É uma soma equivalente ao faturamento mundial do Banco Mundial. Logo, a elite poderosa da Nigéria ganha esse dinheiro, o que também ocorre na Indonésia e na República Democrática do Congo.

Ficamos sabendo de estatísticas que depois podemos utilizar, que a sociedade civil e a mídia podem usar de forma a chamar responsabilidade aos poderosos. Infelizmente, o Brasil até agora não participou disso, tentamos constantemente falar com o governo sobre a oportunidade de entrar nessa iniciativa de governança aberta, mas o governo brasileiro até agora se recusou, embora as grandes empresas, a Vale e a Petrobras, estejam participando ativamente. A Petrobras participou quando eu dirigi a referida iniciativa de 40 instâncias.

Tudo isso comprova que a sociedade civil organizada deve ser convidada, pelo governo ou pelas grandes empresas, e que ela pode ser muito importante. A nossa iniciativa não é apenas transfronteiriça, temos valores que são diferentes dos valores hoje defendidos pelos governos nacionais, pelos seus eleitores e pelas suas instituições, como a co-atuação dos governos, da sociedade civil e do setor privado. Evidentemente, isso exige que a sociedade civil se assenhore aos poucos desse seu novo papel.

As ONGs precisam melhorar em muitas direções, precisam tornar-se assim como a Anistia Internacional, por exemplo. As ONGs precisam melhorar a sua governança interna. Na Transparência internacional temos quase uma democracia, as doze pessoas que comandam a transparência internacional fazem isso de uma forma inteiramente aberta e transparente. Outro problema são as finanças das ONGs, pois em muitas ONGs não se sabe de onde vem o dinheiro, a quem estão sujeitas. As universidades deveriam formar as lideranças de ONGs, lideranças para a sociedade civil.

Ademais, as organizações da sociedade civil devem aprender a cooperar com os outros atores. Não adianta se as organizações da sociedade civil demolirem as

janelas do McDonald's com pedradas. É necessário um diálogo com bons argumentos, o empenho por uma boa causa. Se a sociedade civil aceitar esses desafios, poderá controlar e cooperar com o setor privado e com os governos de forma a criar um mundo onde haja menos injustiças, menos conflitos, um mundo sustentável, que possa alegrar as gerações vindouras.

Os 25 anos da Constituição Federal: transição entre regime autoritário e democracia

Stéphane Monclaire

Formado em Direito, Ciência Política e Sociologia, Monclaire ensinava desde 1984 na Sorbonne e começou a trabalhar com o Brasil em 1987. Desde o fim dos anos 1990 foi várias vezes professor convidado em universidades brasileiras e pesquisador do Centro de Pesquisa e de Documentação sobre a América Latina, na capital francesa. Suas publicações científicas tratam principalmente das relações entre direito e política. Publicou dezenas de textos sobre os poderes legislativo, executivo e judiciário, partidos políticos, políticas públicas, a transição democrática, o processo constituinte de 1987-88, as crises políticas e as eleições no Brasil.

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade mostrar os aspectos políticos que caracterizam a Assembleia Nacional Constituinte como órgão e, além disso, analisá-la como resultado de um longo processo histórico, como também, tem muito a ver, mas não unicamente, com uma transição à democracia, que por sinal foi muito lenta e muito gradual. Ademais, essa transição fez com que a Assembleia Nacional Constituinte fosse um evento antecipado e reformatado, mas durante anos houve uma incerteza no que concerne a possibilidade de instalar uma Constituinte. O texto também faz um paralelo temporal ao mostrar que hoje nós podemos usar a palavra Constituinte sem problemas, mas no início dos anos setenta era quase um impropério dizer Constituinte, era uma palavra que podia provocar repressão, porque não era ainda inscrita na agenda política, e, além disso, a oposição durante o regime militar não se mobilizou de uma maneira central e contínua para uma nova Constituição, ou pelo menos para uma Assembleia Nacional Constituinte.

O preâmbulo do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, aprovado em 19 de março de 1987, indica, entre outras medidas, a função da Assembleia Nacional Constituinte em escrever uma nova Constituição que vai sepultar o regime autoritário, em outras palavras, institucionalizar a passagem do regime autoritário a uma democracia, como também, as novas regras do jogo político e o quadro jurídico do novo regime. Evidentemente, a Assembleia Constituinte é um campo de luta, bem como, um órgão caracterizado por muitos aspectos políticos.

Para entender os aspectos políticos, no entanto, não podemos analisar só a Assembleia Nacional Constituinte, afinal de contas, ela é o resultado de um longo processo histórico e, tem muito a ver, mas não unicamente, com uma transição à democracia, que por sinal foi muito lenta e muito gradual. Essa transição fez com que a Assembleia Nacional Constituinte fosse um evento antecipado e reformatado, mas não devemos esquecer que durante anos houve uma incerteza no que concerne a possibilidade de instalar uma Constituinte. Hoje, nós podemos usar a palavra Constituinte sem problemas, mas no início dos anos setenta era quase um impropério dizer Constituinte, era uma palavra que podia provocar repressão, porque não era ainda inscrita na agenda política, e, ademais, a oposição durante o regime militar não se mobilizou de uma maneira central e contínua para uma nova Constituição, ou pelo menos para uma Assembleia Nacional Constituinte.

Havia muitas descrições dentro do Movimento Democrático Brasileiro (MDB) sobre essa situação. Pouco a pouco, a ideia começa a ganhar força nos grupos de oposição, graças à mobilização de setores organizados da sociedade civil. Gradativamente, a Constituinte se torna um objetivo muito mais importante, mas alguns meses antes das Diretas Já a Constituinte se torna o segundo, o terceiro objetivo. O objetivo maior da oposição daquela época era obter uma eleição direta do presidente da república, quer dizer, não podemos considerar que o caminho que vai do regime militar até a Constituinte foi um caminho de um crescimento contínuo e forte e irresistível da convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, pelo contrário.

Antes de ser eleito presidente da República, Tancredo Neves não sabia se faria ou não uma nova Constituição e, além disso, tinha o intento de continuar a reforma constitucional. Entretanto, Tancredo Neves falece em 1985, e isso muda totalmente o quadro político, porque quem está na presidência da República não tem o perfil nem a legitimidade de Tancredo Neves. Todavia, naquela época, as pessoas politizadas sabiam também quem era José Sarney, antigo líder da Arena, o que é muito

paradoxal. O presidente da República, da nova República, pertencia e dirigia antigamente o partido que sustentava o regime militar e o Congresso.

Tem uma emenda que vai convocar a constituinte e este longo processo de convocação e de preparação da constituinte vai permitir mobilizações crescentes da sociedade civil, por isso que a constituinte foi um evento antecipado. O processo da transição foi tão longo que quanto mais a constituinte, ou mais exatamente a perspectiva de uma nova constituição e depois da constituinte, quanto mais essa perspectiva começa a se concretizar mais a sociedade vai se mobilizar. A constituinte tem anos para se mobilizar, este elemento do tempo é essencial para entender a diversidade e importância destas mobilizações.

No entanto, além da lentidão do processo de transição à democracia, há outros fatores propícios às mobilizações, o primeiro é o constitucionalismo. O constitucionalismo ocidental, desde a revolução francesa de 1789, desde o famoso art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem, todo mundo sabe, muitas pessoas sabem que uma Constituição é notadamente uma declaração de direitos. O constitucionalismo, desde a metade do século XVIII, houve as famosas três gerações de direitos, em outras palavras, os juristas e as pessoas sensibilizadas ao direito sabiam que antes da constituinte , a próxima Constituição teria vários direitos. Entretanto, o fato que a Constituição listaria os direitos, isso já era conhecido, o constitucionalismo brasileiro fortalece e nutre ainda mais essas mobilizações sociais, porque no Brasil há um fenômeno importante que se chama a constitucionalização da lei, a expressão habitual que usam os juristas e os cientistas políticos para indicar esta tendência crescente no decorrer do tempo do ponto de vista nacional.

Está tendente a inscrever e a colocar dentro da norma superior o que antigamente se colocava nas leis ou nos decretos, esta constitucionalização da lei é muito visível na Constituição brasileira de 1946, mas também na Constituição de 1967, que ampliou este fenômeno, e a tendência geral é essa. A Constituição portuguesa de 1976, por exemplo, também é convite a colocar na Constituição brasileira, se redigia muitos direitos que antigamente eram enunciados em normas inferiores, além do constitucionalismo, tem a heterogeneidade das emendas sociais que vão suscitar mobilizações.

O Brasil dos anos 70 muda com uma velocidade muito grande, todos os indicadores sociodemográficos mostram isso de uma maneira bem clara. A sociedade se diversifica, o que provoca necessariamente várias emendas frequentemente

contraditórias, ora, depois do chamado milagre econômico durante o regime militar, que precisava de uma legitimação, de ter apoio no Congresso, e por isso se dirigiu às elites conservadoras brasileiras. Houve uma aliança que não existia de uma maneira tão forte no início do regime militar entre a cúpula das forças armadas e as elites conservadoras brasileiras, mas esta aliança vai ter por consequência adiar as reformas sociais, o país se transformou naquela época, e as emendas de reformas sociais são cada vez mais fortes.

O terceiro elemento que participa das mobilizações sociais é a própria Constituição, como instrumento provável de efetivação dos novos direitos. A Constituição, como é sabido, apesar que no Brasil a hierarquia das normas não é formalmente reconhecida, a Constituição é a lei das leis, é a norma maior, então o cálculo é simples, para que um direito se torne efetivo estrategicamente, é melhor que ele seja enunciado na norma maior, notadamente porque os juízes encarregados de arbitrar as diferenças das partes em que funcionam as leis, vão poder, assim, ter referênciais.

A efetivação do direito, dos novos direitos no Brasil, passava pela colocação dos novos direitos, além disso, suprimir um decreto é fácil, mudar uma lei não é tão complicado, mudar uma Constituição é muito mais difícil. Naquela época, ninguém podia já saber qual maioria exata seria necessário para mudar a Constituição, aquela que iria ser escrita. Todavia, em função do constitucionalismo e da história do direito constitucional brasileiro, as pessoas sabiam que seria uma maioria elevada, tanto na Câmara quanto no Senado, hoje 3/5 em dois turnos de votação, o que é um nível de maioria muito elevado. Então, para que os novos direitos possam durar, é melhor colocá-los dentro da norma superior, tudo isso fez com que as mobilizações se desenvolvessem.

Estas mobilizações foram também organizadas, porque há uma antecipação da fraca legitimidade da equipe constituinte, e esse ponto é o segundo que iremos nos atentar. Esse fato tem a ver com a dificuldade da maior parte dos atores políticos da época de controlar o processo constituinte, um processo de redação de uma nova Constituição.

O presidente Sarney tentou pré-formatar e a contornar o obstáculo da constituinte e, além disso, a obrigar a constituinte a redigir uma Constituição. A ideia era nomear, convocar uma comissão chamada comissão dos notáveis, entretanto, foi uma manobra política que atingiu um objetivo cujo resultado foi bem diferente do que

o esperado pelo próprio presidente Sarney, porque essa comissão dos notáveis fez uma ampla constitucionalização das leis. Em setembro de 1986, um documento mostrava à população o que poderia ser a próxima Constituição, e isso acelerou ainda mais as mobilizações da sociedade civil, porque de repente havia um texto que dava vontade de se mobilizar para que a futura Constituição fosse não necessariamente parecida com esse texto da comissão dos notáveis, mas um texto que enunciasse muitos direitos sociais e econômicos, todavia, este projeto não foi aceito pela classe política, que quis conservar o monopólio da redação.

A redação da Constituição pertence à Assembleia Nacional Constituinte, uma apelação exagerada, não é uma Assembleia Nacional Constituinte, é um congresso encarregado de redigir a Constituição, o que não é a mesma coisa. É a reunião daquela Câmara dos Deputados eleitos em novembro de 1986 e dos senadores cujo 1/3 foram eleitos em 1982, e não com mandato de constituinte. Além disso, durante a campanha para as eleições administrativas, os eleitores, no momento que votam para constituinte, votam também para um deputado e para um senador. Todo mundo sabe que um escrutínio maioritário há um turno que dá grandes votos aos eleitos, mas na Câmara é quase o mesmo sistema que hoje, exceto alguns detalhes, proporcional de lista aberta o que faz com que só menos de 10% dos deputados eleitos atingiram o quociente eleitoral, isso é, nós temos uma grande parte da Câmara que não tem legitimidade eleitoral forte, sendo assim, precisam de legitimidade, da mesma maneira, que o presidente Sarney precisa de legitimidade e é obrigado a convocar uma constituinte.

Os deputados eleitos para redigir essa constituinte precisa de se mostrar relativamente próximo do povo teoricamente soberano, o que faz com que sejam abertas a pressões, a grupos de interesse e a votar para propostas, emendas, artigos que não correspondiam a seu posicionamento político inicial. É impressionante como esta constituinte que era moderadamente progressista, votou finalmente um texto muito progressista em todos os aspectos, notadamente na questão da reforma agrária, mas globalmente um texto muito progressista. A diferença entre a composição da constituinte e o conteúdo do texto promulgado é também um desafio para os cientistas e para nós. Isso se explica, principalmente, pela impossibilidade de controlar o processo, nenhum ator da constituinte tem recursos políticos suficientes para dominar plenamente o processo, claro que todo mundo não tem a mesma quantidade de recursos, visivelmente, alguns tem mais do que outros.

O presidente Fernando Henrique Cardoso era o relator desenhado por Mário Covas, que era o chefe do PMDB, o maior partido da constituinte. No entanto, um partido muito dividido, não era suficiente ser nomeado e indicado por Mário Covas como relator para conseguir impor suas próprias regras de redação. Muitos deputados não gostaram da ideia que teriam duas classes de constituintes que não poderiam participar. Finalmente, o resultado foi oito comissões temáticas, cada uma dividida por três subcomissões, cada deputado ou senador só podia pertencer a uma das subcomissões, mas cada um podia apresentar emendas em cada subcomissão.

Não se deve confundir este discurso legitimador dos constituintes, discurso que consistia a dizer, somos os representantes do povo, por isso, nós devemos poder apresentar emendas em quaisquer subcomissões temáticas, como a realidade prática, como o comportamento real dos constituintes. É interessante dizer que houve discussões para pertencer a tal subcomissão e não a tal outra, na cabeça dos constituintes há uma hierarquia das subcomissões, tem algumas que são mais prestigiosas, que correspondem mais aos seus interesses imediatos.

De uma maneira geral, isso não é unicamente no Brasil, na França também é assim, as comissões que deviam tratar das questões sociais, em outras palavras, das questões que iriam interessar diretamente o povo soberano, porque este não vai se interessar muito acerca da questão do sistema parlamentarista ou presidencialista, isso não são questões que interessam muito à população, mas sim as questões trabalhistas. Então, quanto mais a comissão era especializada em questões sociais menos os constituintes prestigiosos desejavam participar dela, assim nós temos deputados pouco conhecidos nas comissões sociais.

No decorrer da constituinte, há uma divisão do trabalho. A comissão de sistematização encarregada de tentar desfazer a síntese dos textos aprovados em cada uma das oito comissões, cada comissão já teria feito a síntese do texto votado nas três subcomissões. A comissão de sistematização não é um órgão representativo do plenário, é mais progressista. Isso é resultado de uma manobra do Mário Covas, mas uma manobra perigosa, porque o texto era tão progressista que isso revoltou uma parte dos deputados e senadores conservadores que conseguiram unir as suas forças e impor uma modificação do regimento interno. Houve então dois turnos de votação no plenário, esta mudança do regimento não tem a ver com o mandato de cinco anos, o centrão, mais sobre as questões econômicas.

Dois turnos de votação e o texto finalmente vai ser promulgado em 05 de outubro de 88. No entanto, para mim não se trata de uma Constituição cidadã, além disso, a expressão Constituição cidadã não é a expressão inicial utilizada pelo doutor Ulisses Guimarães, mas sim, Constituição primavera, porque era época da primavera, mas a expressão não permanceu. Finalmente utiliza-se outra, a Constituição cidadã, mas de que cidadão se trata? Essa constituinte não era uma constituinte exclusiva, ora, o constituinte recomenda uma Constituição exclusiva, esta constituinte não era eleita de uma maneira que vai garantir a representatividade dos constituintes, o texto não foi ratificado pelo povo soberano. Nós podemos ver uma grande diferença entre o processo constituinte brasileiro e o processo constituinte um ano depois. Nos países do leste, depois da queda do muro de Berlim, em todos os países constituintes representativas, o texto é ratificado. O PT quis uma retificação, mas não havia mais tempo naquela época, porque o objetivo maior a curto prazo era evidentemente as eleições municipais. Muitos deputados e senadores pretendiam se eleger prefeitos, apoiar amigos à prefeituras, então, surgiram a partir do mês de setembro da constituinte, e o texto finalmente foi promulgado.